



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería

Sala Quinta de Decisión Civil Familia Laboral

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado ponente

Folio 237-22
Radicación N.º 23 001 31 05 005 2022 00058 01
(Discutido y aprobado de forma virtual)

Montería, primero (1º) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Decide la Sala Quinta de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería-Córdoba, integrada por los magistrados Cruz Antonio Yánez Arrieta, quien preside, Pablo José Álvarez Caez y Marco Tulio Borja Paradas, el recurso ordinario de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de fecha 22 de junio de 2022 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **SAHILY ESTELA ECHEVERRY VILLALBA**, quien actúa a través de apoderado judicial, contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, radicado bajo el número **23 001 31 05 005 2022 00058 01 folio 237**, por ello en uso de sus facultades legales y atendiendo a lo normado en el inciso 1º del artículo 13 de la ley 2213 de 2022, se profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. Antecedentes

1.1. La señora Sahily Estela Echeverry Villalba, por medio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora

Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a fin de que se declare la nulidad e ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad – R.A.I.S., administrado actualmente por la antes mencionada Protección S.A., así mismo, se condene a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante.

De igual forma, se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones las cotizaciones recibidas en vigencia de la afiliación irregular de la accionante, con la equivalencia de ahorro exigida en caso de que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, así como los valores correspondientes a los rendimientos financieros, descuentos por gastos de administración, bono pensionales, y demás emolumentos pertenecientes a la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Por último, pretende que se condene a las demandadas al pago de las costas del proceso incluidas las agencias en derecho.

1.2. Las anteriores pretensiones se fundamentaron en que la demandante estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el ISS hoy Colpensiones, posteriormente se trasladó a Porvenir S.A., y actualmente se encuentra afiliada a Protección S.A., sin embargo, al momento de la afiliación a dicho régimen, no le brindaron información documentada sobre las variables que influyen en la liquidación de su mesada pensional, como el capital que debe acumular, para la pensión de vejez, la expectativa de vida, la conformación de su grupo familiar, la tasa de rendimiento del Fondo de Pensiones obligatorias, así como tampoco le suministraron información sobre la proyección del valor de la primera mesada pensional por vejez que recibiría en dicho Régimen y la que percibiría en el RPM, administrado por el ISS, hoy Colpensiones.

1.3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, **Protección S.A.**, mediante apoderado judicial, procedió a contestarla, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demandante, argumentando que la parte actora no puede pretender la declaratoria de una nulidad o

ineficacia soportando dicha pretensión en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez, ya que, un acto es nulo por vicios en el consentimiento, no por la favorabilidad económica de un acto jurídico, pues si la favorabilidad en el valor de la mesada se evidenciara respecto del RAIS, se tornaría entonces en válida y eficaz su afiliación a este régimen.

Así mismo, propuso como excepciones de mérito, las denominadas *“inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir”, “buena fe”, “prescripción” y “aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones”*.

1.4. Colpensiones, mediante apoderada judicial contestó la demanda, oponiéndose a cada una de las pretensiones, aduciendo que el acto de traslado efectuado por la actora goza de plena validez y, en esa medida no habría lugar a declarar la nulidad o ineficacia de su traslado, ni mucho menos ordenar a la AFP Protección S.A., a trasladar los aportes y demás que posea la actora en su cuenta de ahorro individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Solicitó que dicha entidad sea absuelta de todas y cada una de las pretensiones y que se condene en costas procesales a la actora.

También propuso como excepciones de fondo las denominadas, *“inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez”, “desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones”, “prescripción”, “buena fé” e “inexistencia de la obligación”*.

1.5. Porvenir S.A. a través de apoderado judicial contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda que pretendan hacer recaer en su representada, cualquier tipo de consecuencia jurídica o económica en virtud del presente proceso y solicitó sea absuelta.

Propuso como excepciones de fondo, “prescripción”, “cobro de lo no debido”, “buena fe” y “prescripción de la acción de nulidad”

II. FALLO APELADO

2.1. Mediante sentencia de fecha 22 de junio de 2022, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; declaró la ineficacia del acto de traslado efectuado por la señora Sahily Estela Echeverry Villalba, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – R.A.I.S., administrado por AFP Porvenir S.A., desde el 12 de marzo de 2002 con efectividad a partir del 01 de mayo de 2002, así como el traslado hacía la AFP PROTECCIÓN S.A., realizado el 19 de octubre de 2011 con efectividad a partir del 01 de noviembre de 2011; así mismo, ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, proceder a recibir a la demandante, como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Consecuentemente, condenó a Protección S.A. a devolver y/o trasladar todos los valores que hubiere recibido y que tenga con motivo de la afiliación la señora Sahily Estela Echeverry Villalba, a Colpensiones, tales como: cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración, porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Así mismo, devolver información relacionada con la conformación de su historia laboral a Colpensiones, y deben ser especificados y discriminados estos rubros.

En igual sentido, condenó a Porvenir S.A., a devolver y/o trasladar a Colpensiones lo percibido por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el

porcentaje destinado al fondo de garantía mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que mantuvo la administración de los aportes pensionales de la demandante, esto es, entre el 01 de mayo de 2002 al 31 de octubre de 2011.

Por último, condenó en costas a Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones, emolumentos que se reconoció a favor de la parte demandante y fijó como agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente cada una.

2.2. Como fundamento de su decisión, el Juez de primera instancia inicialmente abarcó la teoría de la información documentada, la cual ha sido ampliamente estudiada, desde 2008, por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, y tiene como directriz que, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de dar una información clara y transparente al potencial afiliado sobre todas las consecuencias positivas o negativas que acarreé el acto de traslado, así como otros aspectos esenciales. De igual forma sostuvo que, en la Sentencia SL1834 de 01 de julio de 2022, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, reiteró que, desde el inicio, desde las etapas, desde la creación de la Ley 100 de 1993 nació el deber de información en su artículo 13, el decreto 2249 de 2010 y la Ley 1748 de 2014.

De igual forma indicó que, en el *sub examine*, no se encuentra acreditado que la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., haya proporcionado a la demandante toda la información requerida respecto al proceso de cambio de régimen, en consecuencia, desconoció el deber de información, y que la firma del formulario y el retracto, no sana dicho deber de información, el cual es un elemento esencial para conceder el traslado de régimen.

Ahora bien, en lo concerniente a las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, las declaró no probadas y argumentó respecto de la prescripción que no hay lugar a declararla, toda vez que de vieja

data la Corte Suprema de Justicia ha dicho que es un derecho imprescriptible, y en sentencia reciente del 01 de junio de 2022 con radicado 1851 M.P. Dra. Olga Yineth Merchán Calderón, reiteró lo dicho en muchedumbre de sentencias, que es un derecho imprescriptible y se trata de un derecho de la Seguridad Social.

III. RECURSO DE APELACIÓN

3.1. Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

En el término de ley, la apoderada judicial de Colpensiones interpuso recurso de apelación contra la sentencia referenciada, sosteniendo que no está conforme que su representada se vea inmersa en la declaratoria de ineficacia del acto de traslado y, con ello tenga que asumir las consecuencias jurídicas deprecadas en la sentencia, y que la afiliación de la demandante fue de manera libre y voluntaria; por ello al ser un acuerdo de voluntades, solo involucra a las partes que en él intervinieron y como se pudo evidenciar, Colpensiones fue ajena a esa circunstancia, en ningún momento asesoró para que la demandante accediera al cambio de administradora.

Manifiesta que de ser la Administradora Colombiana de Pensiones la receptora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no puede soportar las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado y con ello asumir el pago de las prestaciones que genere tal declaratoria, ya que Colpensiones es un tercero ajeno que no intervino en la suscripción del contrato de afiliación y de traslado del Fondo de Pensiones.

Así mismo considera que, es necesario tener en cuenta que el trabajador asalariado al momento de afiliarse por primera vez al Sistema de Pensiones, debe elegir el régimen al cual quiere pertenecer, pero luego tiene la oportunidad de cambiarse o trasladarse de régimen de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que, los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran y luego de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse cuando le

faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Y, en el caso que nos ocupa, la demandante cuenta con 54 años de edad, lo que a todas luces estaría en curso una prohibición legal para realizar el traslado de régimen.

Aunado a lo anterior, argumenta que las sentencias C-1024 de 2004, C-625 de 2007, C-689 de 2002 y C-596 de 2007, son claras en establecer que no se puede favorecer a ninguna persona con los recursos que con tanto esfuerzo han ahorrado de manera obligatoria los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, toda vez que si se llegare a dar ello, se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera del sistema, lo anterior al descapitalizar los recursos que se encuentran dispuestos para cancelar las mesadas pensionales futuras.

En cuanto a la condena en costas, se opone, y aduce que Colpensiones durante el transcurso del proceso actuó sin temeridad alguna bajo el principio de buena fe, y en el proceso no se encuentra prueba alguna que acredite las costas, como facturas, soportes de pagos y viáticos que demuestren que efectivamente hubo un gasto asumido por la parte demandante. Y, el artículo 361 del C.G.P. señala que solo habrá lugar a condenar en costas cuando en el expediente conste que se causaron, y en el presente caso ello no ocurre, pues no hay prueba que indique los gastos en que incurrió la parte demandante.

Por todo lo anterior, solicita revocar la sentencia de primera instancia.

3.2. Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR S.A.

A través de apoderado judicial presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia parcialmente, solicitando que se revoque el numeral cuarto de la parte resolutive donde se condena a Porvenir S.A. a devolver gastos de administración, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, seguros previsionales con cargo a sus propios recursos; así mismo, se revoque la condena en costas y agencias en derecho contra Porvenir S.A.

Argumenta que, devolver a Colpensiones los gastos de administración debidamente indexados con cargo a los recursos propios de su representada, así como el porcentaje de garantía mínima y los seguros previsionales, no es procedente, porque los gastos de administración que descontó Porvenir S.A. y los otros conceptos obedecieron a un descuento debidamente autorizados por la norma en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que en el RAIS el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

Así las cosas, en el presente caso es claro que estos descuentos que hizo Porvenir S.A. en su momento cumplieron a cabalidad con el objetivo de destinación legal, por lo que los mismos no hacen parte del patrimonio de dicha entidad, en la medida que tales descuentos en primer lugar fueron utilizados para la generación de unos frutos, unos rendimientos financieros en favor de la cuenta de ahorro individual de la parte actora y segundo porque también se utilizaron para cubrir los riesgos de invalidez y muerte a los que estuvo expuesta la demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliada en Porvenir S.A. antes de trasladarse hacia el fondo Protección S.A., por lo que no es viable retrotraerlo en atención a que la cobertura son servicios efectivamente prestados.

En ese orden de ideas, si la condena a devolver los gastos de administración fuere confirmada por el Tribunal, estaríamos frente a un enriquecimiento sin causa en favor de la parte actora, en la medida en que no se estaría dando aplicación a las normas legales que regulan las restituciones mutuas que se derivan de la declaratoria de ineficacia o de la nulidad de un acto jurídico.

Manifiesta que, la decisión judicial del traslado de régimen pensional debe tener siempre como pilar constitucional que el sistema financiero

de seguridad social sea estable de manera financiera, por lo que es imperioso hacer un análisis más amplio de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslado que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema.

Las anteriores conclusiones, han sido recogidas en diversas circulares por parte de la Superintendencia Financiera y conceptos en los cuales hacen referencia a la manera de cómo deben operar las restituciones mutuas para ser compatibles el régimen y la sostenibilidad financiera del sistema, especialmente el concepto del 15 de enero del año 2020.

En ese sentido, sustentó el recurso de apelación solicitando así mismo que su representada sea absuelta de las costas del proceso y revocatoria de las mismas.

IV. INTERVENCIÓN EN EL TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto adiado julio 08 de 2022 se corrió traslado a las partes para alegar por escrito, con intervención de Colpensiones y Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

5.1. Grado jurisdiccional de consulta

Previo a iniciar el estudio que nos convoca, se hace necesario aclarar que corresponderá a esta Sala desatar el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia por haber sido ésta adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, por ende, están en juego dineros de la Nación.

5.2. Del problema jurídico.

Acorde a lo anterior, es competencia de esta Sala resolver el recurso de apelación que hoy ocupa la atención de esta Colegiatura, en los siguientes aspectos.

i) Se analizará si erró el Juez de primera instancia al declarar la ineficacia del acto de traslado efectuado por la demandante, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

ii) Así mismo, se analizará si se debe o no ordenar la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos causados por las AFP.

iii) Igualmente, se analizará si debe COLPENSIONES cargar con las consecuencias propias de la ineficacia del acto de traslado, muy a pesar a que, ésta no participó ni intervino en dicho acto.

iv) Es competencia de la Sala verificar si no era posible que la actora se traslade del R.A.I.S., al Régimen de prima media con prestación definida, por hacerle falta menos de 10 años para adquirir el derecho.

v) Se estudiará si efectivamente operó el fenómeno de la prescripción sobre la presente acción.

vi) Por último, verificaremos si erró el a quo al condenar en costas a las demandadas.

5.4. De la nulidad y/o ineficacia del traslado

En lo referente a la ineficacia del traslado, debe decirse que el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral

dispuso el deber de las administradoras de pensiones en brindar al afiliado una asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz, entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o traslado, por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos y cartas atestando actuar con libertad y conciencia.

Ahora bien, puede suceder entonces que, el asesor de la Administradora de Pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los “*pro*” y también los “*contra*” que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen. En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliado, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo.

Al respecto, véase las Sentencias **SL4336-2020, SL1688-2019, SL782-2018, SL19447-2017, SL12136-2014, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.**

5.5. CASO CONCRETO

Así las cosas, en el caso *sub examine* encontramos que durante el proceso se advierte que a la demandante en la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no le brindaron la información necesaria al momento del traslado. Pues, omitieron indicar las implicaciones y consecuencias positivas y negativas de dicha actuación, dejando en vilo el futuro pensional de la actora, al no contar con información clara al momento de la elección del régimen pensional, muy a pesar de que Porvenir S.A., allegó con la contestación de la demanda un formulario de afiliación al R.A.I.S., ello no acredita que se le hubiere informado a la actora los efectos y las consecuencias del traslado pensional.

En consonancia, queda claro que la Administradora de Fondos de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindaron la información completa, precisa y clara a la accionante, sobre todas las posibles condiciones que podría tener su derecho pensional e igualmente en cómo va a salir afectada al vincularse al nuevo régimen.

Así las cosas, al no existir prueba que nos lleve a colegir que la demandada haya brindado la concerniente asesoría completa y veraz sobre el traslado, es claro que la AFP incumplió su deber de información y, por consiguiente, es viable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, e igualmente es ineficaz el traslado que hizo entre AFP, es decir, de Porvenir S.A a Protección S.A., por consiguiente, es propicio privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca hubo traslado al R.A.I.S. o, más bien, siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, por lo tanto, no perdió los beneficios de este último, en consecuencia, no le asiste razón a la recurrente Colpensiones en cuanto a este punto.

Ahora bien, sobre el consentimiento informado, la Jurisprudencia ha sido constante en señalar que no puede darse por acreditado que al afiliado se le brindó la información necesaria para efectos del traslado

del R.P.M., al R.A.I.S., por el simple hecho de haber diligenciado el formulario preimpreso de vinculación, pues ellos son insuficientes para demostrar el deber de información, básicamente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en las sentencias CSJ SL1452-2019 reiterada en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, reiteradas en la sentencia **SL2591 de junio 15 de 2021, radicación No. 85308**, esbozó:

“2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

[...]

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado”. (Negrillas fuera del texto original)

Así entonces, conforme al criterio Jurisprudencial que esta Sala se ha permitido reproducir, no son de recibo los argumentos esbozados por la vocera judicial de Colpensiones, al manifestar que, la afiliación de la demandante al R.A.I.S. fue de manera libre y voluntaria.

5.6. De las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del traslado.

En reiteradas oportunidades se ha dicho que, las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, (R.A.I.S.), son: (i) **la declaración de que él o la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida;** (ii) la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) **la devolución de los valores correspondientes a gastos de administración, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con cargo a sus propias utilidades** (Vid. Sentencias SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008). (Negrillas y subraya de esta Sala)

En cuanto a esta última consecuencia, se percata la Sala que el vocero judicial de Porvenir S.A., sostiene que, si se hace efectiva la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional, se configura a favor de la parte demandante el enriquecimiento sin causa, toda vez que los descuentos que hizo dicha entidad, en su momento cumplieron a cabalidad con el objetivo de destinación legal, por lo que los mismos no hacen parte del patrimonio de ésta, en la medida que tales descuentos en primer lugar fueron utilizados para la generación de unos frutos, unos rendimientos financieros en favor de la cuenta de ahorro individual de la parte actora y segundo, porque también se utilizaron para cubrir los riesgos de invalidez y muerte a los que estuvo expuesta la demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliada en Porvenir S.A., no obstante a lo anterior, nótese que ha sido un criterio inveterado de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que ésta es una de las consecuencias propias de la declaratoria de la nulidad de traslado, siendo obligación de la AFP del R.A.I.S., devolver dichas sumas. Así se dejó establecido, entre otras, en la sentencia SL3464 de 2019, en donde sobre el tema dispuso:

“Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL 1688-2019)”.

Y más reciente en la sentencia SL 2208 de 2021, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, esgrimió:

“Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al RPMPD, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

Así las cosas, esta Sala no encuentra ningún motivo por el cual deba separarse de la línea jurisprudencial adoptada por la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ende, en

contraste con lo esbozado, no le asiste razón a Porvenir S.A., y se confirmará el numeral cuarto de la sentencia apelada.

Por otro lado, la apoderada de Colpensiones sostiene que, con la declaratoria de ineficacia del traslado, se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Al respecto, de conformidad con la Jurisprudencia en mención, no se vulnera dicho principio, por cuanto el pago de la pensión a la actora, es producto de los aportes realizados por ésta en el R.A.I.S., los cuales pasaran al R.P.M. administrado por Colpensiones, junto con los rendimientos financieros generados y bono pensional si lo hubiere, descuentos por gastos de administración y demás emolumentos pertenecientes a la cuenta de ahorro individual de la demandante. Así las cosas, no le asiste razón a Colpensiones frente a este punto.

5.7. No participación de Colpensiones en los actos de traslado

Considera esta Sala tal y como fue señalado por el Juez de primera instancia que, al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia es que se vuelva a la situación anterior al mismo, es decir, que la afiliada regrese al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, por ende, no es necesario que medie la voluntad o intervención de Colpensiones en dichos actos jurídicos.

5.8. El tema de los 10 años no aplica en el evento de la nulidad y/o ineficacia de traslado.

Sostiene la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES que con fundamento en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual sostiene que los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensión que prefieran una vez efectuada la selección inicial, éstos solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial,

después de un año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Por lo tanto, aduce que la demandante no tiene derecho a trasladarse al R.P.M. porque le faltan menos de 10 años para adquirir el estatus pensional, tiene 54 años de edad, lo que a todas luces estaría en curso una prohibición legal para realizar el traslado de régimen. Sin embargo, advierte esta Judicatura que dicha prohibición no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1452 de 2019, dijo que es procedente la ineficacia del traslado cuando el demandante se encuentra incluso a portas de causar un derecho o tiene un derecho causado. Por lo tanto, es irrelevante si la demandante tiene o no un derecho consolidado, un beneficio transicional o si está próximo a pensionarse, dado que la violación del deber de información, se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado en sí mismo considerado. En consecuencia, no le asiste razón a la apelante respecto este punto.

5.9. De la excepción de prescripción.

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es pertinente indicar que en la sentencia **SL361** radicada bajo el número **N° 63615** de fecha trece (13) de febrero de dos mil diecinueve (2019), la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, claramente expuso que, los casos de nulidad de traslado, por tratarse de una controversia de estirpe pensional son imprescriptible.

5.10. De la condena en costas.

Colpensiones y Porvenir S.A., solicitan que se revoque la condena en costas impuestas en primera instancia, pues bien, sea lo primero traer a colación lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P., aplicable por analogía en materia laboral, el cual a la letra dispone:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe”

Acompasando la norma al caso que nos convoca, encontramos que, Colpensiones y Porvenir S.A., se opusieron a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, aunado a ello, propusieron excepciones de mérito y resultaron vencidas en juicio, de ahí que, había lugar a que se impusieran costas a su cargo.

5.11. Conclusión.

Conforme a todo lo dilucidado previamente, esta Sala procede a confirmar la sentencia apelada. Sin costas en esta instancia por no aparecer causadas.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA - CÓRDOBA, SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA -LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de fecha 22 de junio de 2022 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **SAHILY ESTELA ECHEVERRY VILLALBA**, quien actúa a través de apoderado judicial, contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, radicado bajo el número **23 001 31 05 005 2022 00058 01 Folio 237**, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

TERCERO. Oportunamente regrese el expediente a su oficina de origen.

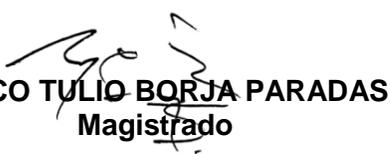
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



República de Colombia

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería

Sala Quinta de Decisión Civil Familia Laboral

Folio 227-22

Radicación n.º 23 001 31 05 001 2021 00130 01

(Discutido y aprobado de forma virtual)

MAGISTRADO PONENTE

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA

Montería, septiembre primero (1º) de dos mil veintidós (2022)

Decide la Sala Quinta de Decisión Civil - Familia – Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería - Córdoba, integrada por los Magistrados Cruz Antonio Yánez Arrieta, quien la preside, Pablo José Álvarez Caez y Marco Tulio Borja Paradas, lo que en derecho corresponda sobre el grado jurisdiccional de consulta y el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha quince (15) de junio de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por FERNANDO RACEDO ROSSY contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., radicado bajo el número **23001310500120210013001** Folio **227**. Por ello, en uso de sus facultades legales y atendiendo a lo normado en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. El señor FERNANDO RACEDO ROSSY, a través de su apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, para que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR S.A. con la finalidad de que Colpensiones lo reciba como afiliado y todo lo que ello implica. Así mismo, se condene a las demandadas al pago de costas, incluidas las agencias en derecho.

2. Las anteriores pretensiones, las fundamenta a través de los siguientes hechos, que la Sala sintetiza de la siguiente manera:

- El señor RACEDO ROSSY, nacido el 17 de septiembre de 1960, se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 07 de julio de 1986, posteriormente, en el mes de marzo de 1998, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, afiliándose a PORVENIR S.A.

- Al momento de afiliarse al fondo de Porvenir S.A., éste le señaló un panorama mejor, respecto al que le podía ofrecer Colpensiones, indicando que no se le informó de manera clara y completa las consecuencias de la afiliación a su sistema, configurando una publicidad engañosa. Además de esto, el fondo privado, omitió brindarle información respecto al estado de su saldo, lo que incrementó la inducción al error.

- En enero de 2002, el actor hizo un traslado de fondos dentro del RAIS, a PROTECCION S.A.

- En abril de 2003, el actor se trasladó nuevamente a PORVENIR S.A., en donde se encuentra afiliado actualmente. El

día 25 de febrero de 2021 PORVENIR le efectuó simulación pensional al actor, en la cual le indicó, que a los 62 años de edad tendría derecho a una pensión en un monto del salario mínimo legal mensual vigente.

- El día 19 de abril de 2021, el demandante presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante COLPENSIONES. Mediante carta de fecha 19 de abril de 2021 COLPENSIONES rechazó la petición de traslado de régimen pensional presentado por el señor FERNANDO DE JESUS RACEDO ROSSY, con fundamento en que la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse

3. Admitida la demanda y tras ser notificada en debida forma, Colpensiones se opone a todas las pretensiones por carecer de argumentos fácticos y jurídicos, ya que el acto de afiliación goza de plena validez; como consecuencia de eso, no hay lugar a imponer costas y agencias en derecho.

Así mismo, propuso como excepciones de mérito, las denominadas “*inexistencia de las obligaciones reclamadas*”, “*buena fe*”, “*prescripción*”, “*inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen*”, “*prescripción en materia de seguridad social*” “*inobservancia del equilibrio financiero*” y la “*innominada o genérica*”.

Por otro lado, y de igual manera, Porvenir S.A., a través de su apoderado judicial, se opone a las pretensiones alegadas por el demandante, invocando las siguientes excepciones: “*prescripción*”, “*buena fe*”, “*inexistencia de la obligación*”, “*compensación*” y la “*genérica*”

Así mismo, Protección S.A., dio contestación a la demanda a través de su apoderado judicial oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y propuso como excepciones de mérito: “*inexistencia de*

la obligación y falta de causa para pedir “prescripción”, “buena fe”, “aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa”, “inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe” y la “innominada o genérica”

II. FALLO APELADO

Mediante proveído de fecha 15 de junio de 2022, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, declaró la prosperidad de las pretensiones decretando la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, como consecuencia en principio ordenó a Protección S.A. devolver a Porvenir S.A. todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor, para lo cual quedó autorizado Porvenir S.A. a solicitarle a Protección S.A. el reintegro de esos dineros, seguidamente, ordenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por el señor FERNANDO RACEDO ROSSY, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración, bonos pensionales y demás emolumentos.

Finalmente, condenó en costas a las entidades accionadas PROTECCIÓN, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y fijó como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, suma que deberán pagar individual y separada cada una de las demandadas.

Como fundamento de su decisión, el Juez de primera instancia, inicialmente hizo un recuento de los elementos estructurales del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y de los del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, señaló las diferencias estructurales entre éstos. Seguidamente abarcó la teoría de la información documentada, la cual ha sido ampliamente estudiada, desde 2008, por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema

de Justicia, y tiene como directriz que, las administradoras de pensiones tienen el deber de dar una información clara y transparente al potencial afiliado sobre todas las consecuencias positivas o negativas que acarre el acto de traslado, así como otros aspectos esenciales, indicando que, en el sub examine, no se encuentra acreditado que la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., le haya proporcionado al demandante toda la información requerida respecto al proceso de cambio de régimen para que la elección fuera pura y simple a efectos de poderse trasladar de manera espontánea, transparente e imparcial y con plena conciencia de los derechos que se verían afectados.

En cuanto a la demandada Protección S.A., señaló que, si bien es cierto que no participó al inicio del traslado de un régimen a otro y recibió con posterioridad al afiliado, cuando ya se encontraba dentro del RAIS, se debe aclarar que ésta entra a representar dicho régimen y por tanto a asumir las consecuencias propias de la declaratoria de ineficacia del traslado.

Ahora bien, en lo concerniente a las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, las declaró no probadas y argumentó respecto de la prescripción que no hay lugar a declararla, dado que tratándose de obtener la nulidad del traslado de regímenes pensionales no proceden los efectos de los artículos 488 del C.S.T., y 151 del C.P.T. y S.S., dado que es una acción de naturaleza declarativa, que emana de un derecho fundamental imprescriptible, irrenunciable como lo es el de la seguridad social, aspecto que fijó la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral por medio de la sentencia SL 1689 de 2019.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

1. La apoderada judicial de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, arguyendo que la afiliación se realizó de una manera libre y voluntaria. De igual manera, este fondo, no intervino en el acto jurídico que dio origen al traslado de régimen pensional del señor RACEDO ROSSY, por lo que

no le corresponde asumir las cargas derivadas de la declaración de ineficacia de éste.

Recuerda que el trabajador tiene la potestad de escoger el fondo que va a administrar sus recursos, así mismo tiene la posibilidad de trasladarse de uno hacia el otro, siempre y cuando no esté inmerso dentro de la prohibición legal que impide aquellos que les queda menos de diez (10) años para pensionarse, trasladarse entre regímenes y, para el caso del accionante, éste se encuentra cobijado por esta proscripción debido a su edad.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, manifiesta que COLPENSIONES actuó sin temeridad alguna, bajo el principio de buena fe y sumado a ello, dentro del proceso no se encuentra prueba alguna que evidencie la acreditación de las mismas.

2. A su vez, el apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación solicitando que se absuelva a su representada, toda vez que la afiliación realizada por Porvenir en el año 1998, se hizo sin ningún vicio y, de haber existido se encuentra totalmente saneado con el pasar del tiempo y con la ratificación de los actos jurídicos realizados por el demandante, sostiene que, resulta inverosímil que después de 24 años de haberse trasladado el actor pretenda un traslado de régimen que resulta prohibido por la ley vigente, por lo que no existe razón legal para ordenar el traslado de aportes deprecado, como tampoco se configura ninguno de los vicios del consentimiento. En este caso, la mera afirmación del demandante, en donde indica que de cierta manera fue inducido al error, no es prueba suficiente para determinar que se omitió el deber de brindar información.

Con lo que respecta a las sumas correspondientes a los gastos de administración, señala que, debe atenderse que dichos montos tienen por mandato legal una destinación específica, que, en este caso, cumplió con su cometido en el período en el cual el demandante ha mantenido su vinculación con el régimen de ahorro individual, de tal suerte que esa suma ya fue invertida en el modo que indica la ley. Así

mismo trajo a colación el concepto de la Superintendencia Financiera con radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020, indicó en forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la Prima de Seguro Previsional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración. En este orden de ideas, los gastos de administración ni primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales, en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional; luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, y así deberá declararse. En consecuencia, no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y su representada, como lo es en este caso COLPENSIONES.

Por último, señala que no se debe imponer costas, ni agencias en derecho, pues el acto goza de plena validez además de que su apoderada actuó de buena fe y, en razón a ello, no hay lugar a éstas.

3. Protección S.A., a través de apoderada judicial interpuso recurso de apelación parcialmente, en lo que respecta a los gastos de administración argumentando que, la misma Corte reconoce que se dan unos gastos de administración, por tanto, es imposible aplicar esta ficción jurídica en estricto sentido en el caso que nos ocupa, porque han existido unas prestaciones que es imposible desaparecer, como lo es el de administrar y obtener unos rendimientos financieros o frutos civiles de los bienes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, los cuales se han obtenidos por los actos mismos de administración, si no se hubieran

causado dichos gastos, no existieran frutos civiles que reclamar, entonces, se puede ver que se está terminando el contrato desde el momento mismo de la declaratoria y no se está retrotrayendo al momento del acto, así mismo, se está reconociendo que los dineros están produciendo unos frutos, hasta el presente 15 junio de 2022, no desde el momento del acto de traslado, porque en ese entonces no los había y, si se reconocen desde ese tiempo, también deben descontarse los gastos en mención, más aún cuando son una consecuencia lógica de la administración y de accederse a condenar a devolverlos, se afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

IV. TRASLADO PARA ALEGAR EN ESTA INSTANCIA

Mediante auto adiado 28 de junio de 2022, se corrió traslado a las partes por un término de cinco (5) días hábiles para presentar las alegaciones dentro del presente asunto, término que empezó a correr para las partes recurrentes el día 6 de julio de 2022 y para la parte no recurrente el día 13 de julio de 2022, dentro del mismo se presentaron los siguientes alegatos:

PORVENIR S.A. A través de su apoderado judicial, expresó que se ratifica en lo manifestado al momento de sustentar el recurso de apelación, haciendo especial énfasis en que, analizar las circunstancias particulares de este proceso que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes, no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como tampoco, la ineficacia del acto jurídico por el argumento jurisprudencial de la falta del consentimiento informado, como quiera que su representada cumplió con la carga probatoria de acreditar que suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación, como lo refleja el formulario de afiliación, el cual se reitera, se trata de un documento público que se presume auténtico, además que no fue tachado ni desconocido en los términos previstos en la ley,

sumado a lo expuesto por la parte actora, en diferentes actos ejecutados por ésta, pruebas que analizadas en conjunto y de manera crítica, sin duda exhiben el tan mentado consentimiento informado, más allá del momento mismo del traslado, inclusive. Por tales motivos, solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a su representada en todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

COLPENSIONES.- La apoderada de esta entidad señaló que, la afiliación del demandante fue de manera libre y voluntaria y al ser un acuerdo de voluntades, solo involucra a las partes que en él intervinieron y como se pudo evidenciar, COLPENSIONES fue ajena a esa circunstancia, en ningún momento asesoró o brindó información para que el demandante accediera al cambio de administradora, en consecuencia, señala que debe ser la administradora de pensiones receptora, en este caso, PORVENIR, la que soporte las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado y con ello deba asumir el pago de las prestaciones que generan tal declaratoria, pues su representada solo es un tercero ajeno que no intervino en el contrato de afiliación o traslado al fondo y, no debe por ende cargar con la responsabilidad de cumplir lo pretendido por el demandante.

Respecto a la condena en costas reiteró los argumentos esbozados en la apelación para oponerse a éstas.

PROTECCIÓN- La demanda Protección S.A. no emitió pronunciamiento alguno en esta instancia.

DEMANDANTE.- La parte demandante a través de su apoderado judicial señaló que, respeta pero no comparte los argumentos esbozados por las entidades demandadas para sustentar su recurso de apelación, pues en el presente proceso lo que se echa de menos es la falta de información documentada, en donde se le haya dado a conocer al potencial afiliado los pormenores acerca de las consecuencias ya

sean positivas o negativas que traía consigo el cambio de régimen pensional, lo cual no se hizo por parte del fondo de pensiones PORVENIR al momento de la afiliación, lo que a las claras es una violación a lo establecido en el artículo 13 literal b, y el artículo 271 de la ley 100 de 1993 respectivamente, el cual reza que la afiliación al sistema de pensiones debe ser libre y voluntaria, y si esto no fuera así, la afiliación quedaría sin efectos, señala además que brilla por su ausencia en el expediente, documento que demuestre que al demandante se le brindó esta información al momento del cambio de régimen por parte del fondo privado, razón por la cual debe declararse ineficaz la afiliación al RAIS y confirmar la sentencia apelada.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Previo a iniciar el estudio que nos convoca, se hace necesario aclarar que corresponderá a esta Sala desatar el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia por haber sido ésta adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, por ende, están en juego dineros de la Nación.

2. Problema Jurídico

Es competencia de esta Sala abordar los siguientes puntos básicos de la Litis, ello en atención al recurso de apelación impetrado por Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.

i) Se analizará si erró el juez de primera instancia al declarar la nulidad del traslado efectuado por el demandante, del Régimen de Prima Media, al Régimen de Ahorro Individual con base en la falta de información brindada por Porvenir S.A.; seguidamente, se determinarán las consecuencias de la nulidad en mención.

ii) Igualmente, se analizará si debe Colpensiones cargar con las consecuencias propias de la ineficacia del acto de traslado, muy a

pesar de que ésta no participó ni intervino en dicho negocio jurídico.

iii) Se estudiará si erró el A quo al condenar a Protección S.A. a la devolución de gastos de administración.

iv) Y, por último, verificaremos si erró el A quo al condenar en costas a las demandadas.

3. De la nulidad y/o ineficacia del traslado

En lo referente a la ineficacia del traslado, debe decirse que el Sistema General de Pensiones implementado por la ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral dispuso el deber de las administradoras de pensiones en brindar al afiliado una asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz, entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o traslado, por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos y cartas atestando actuar con libertad y conciencia.

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los “*pro*” y también los “*contra*” que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen. En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal; en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliado, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones de éste.

Asimismo, nótese la sentencia SL12136 de septiembre 3 de 2014, radicación No. 46292, en donde si bien no se había acogido la teoría de la información documentada, en ella la Corte deja claro que no puede *“argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito”*.

Así entonces, sin más anotaciones, era deber de la administradora de fondo de pensiones otorgar la información detallada al usuario, señalándole los beneficios y los perjuicios que la afiliación a un régimen determinado trae consigo.

4. Caso concreto

En el *sub examine*, se constata, de acuerdo con la contestación a la demanda proferida por PORVENIR S.A., que esta entidad omitió brindar al demandante, señor FERNANDO RACEDO ROSSY, la información necesaria para realizar el traslado de régimen, pues no abordaron a plenitud las características y consecuencias de dicho acto jurídico, dejando en vilo el futuro pensional del actor, al no tener los datos oportunos y claros al momento de la elección del régimen pensional. Pues, omitieron indicar las implicaciones y consecuencias positivas y negativas de dicha actuación, dejando en vilo el futuro pensional del actor, al no contar con información clara al momento de la

elección del régimen pensional, muy a pesar de que Protección S.A., allegó con la contestación de la demanda un formulario de afiliación al R.A.I.S., ello no acredita que se le hubiere informado al actor los efectos y las consecuencias del traslado pensional.

En consonancia, queda claro que la Administradora de Fondos de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindaron la información completa, precisa y clara al accionante, sobre todas las posibles condiciones que podría tener su derecho pensional e igualmente en cómo iba a salir afectado al vincularse al nuevo régimen.

Así las cosas, al no existir prueba que nos lleve a colegir que la demandada haya brindado la concerniente asesoría completa y veraz sobre el traslado, es claro que la AFP incumplió su deber de información y, por consiguiente, es viable declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca hubo traslado al R.A.I.S. o, más bien, siempre estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, por lo tanto, no perdió los beneficios de este último, en consecuencia, no le asiste razón a las recurrentes en cuanto a este punto.

Ahora, sobre el consentimiento informado la jurisprudencia ha sido constante en señalar que, no puede darse por acreditado que al afiliado se le brindó la información necesaria para efectos del traslado del R.P.M., al R.A.I.S., por el simple hecho de haber diligenciado el formulario preimpreso de vinculación, pues ellos son insuficientes para demostrar el deber de información, básicamente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencias CSJ SL1452-2019 reiterada en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, reiteradas en la sentencia **SL2591 de junio 15 de 2021, radicación No. 85308**, esbozó:

“2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

[...]

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

“2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

[...]

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.”

Así entonces, conforme al criterio jurisprudencial que esta Sala se ha permitido reproducir, no son de recibo los argumentos esbozados por el vocero judicial de Porvenir S.A., al manifestar que, las actuaciones de dicha entidad siempre han sido de buena fe, dado que no probó de ninguna forma haber suministrado la información completa a la demandante.

5. De las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del traslado.

En reiteradas oportunidades se ha dicho que, las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con

Prestación Definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, (R.A.I.S.), son: (i) la declaración de que él o la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que el demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) **la devolución de los valores correspondientes a gastos de administración, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con cargo a sus propias utilidades** (Vid. Sentencias SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008). (Negritas y subraya de esta Sala)

En cuanto a esta última consecuencia, se percata la Sala que el vocero judicial de Porvenir S.A. y la apoderada judicial de Protección S.A, se oponen a la devolución de los gastos de administración y primas de seguro, no obstante a lo anterior, nótese que ha sido un criterio inveterado de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que ésta es una de las consecuencias propias de la declaratoria de la nulidad de traslado, siendo obligación de la AFP del R.A.I.S., devolver dichas sumas. Así se dejó establecido, entre otras, en la sentencia SL3464 de 2019, en donde sobre el tema dispuso:

“Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL 1688-2019)”.

Y más reciente en la sentencia SL 2208 de 2021, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, esgrimió:

“Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y éste por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al RPMPD, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

Así las cosas, esta Sala no encuentra ningún motivo por el cual deba separarse de la línea jurisprudencial adoptada por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ende, en contraste con lo esbozado, se confirmará la sentencia apelada en cuanto a este punto.

6. No participación de Colpensiones en los actos de traslado

Considera esta Sala tal y como fue señalado por el Juez de primera instancia, que, al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia es que se vuelva a la situación anterior al mismo, es decir, que la afiliada regrese al Régimen de Prima Media con Prestación

Definida – RPM, por ende, no es necesario que medie la voluntad o intervención de Colpensiones en dichos actos jurídicos.

7. El tema de los 10 años no aplica en el evento de la nulidad y/o ineficacia de traslado.

Sostiene la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES que con fundamento en el literal e, del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modifica el artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual sostiene que los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensión que prefieran una vez efectuada la selección inicial, éstos solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, después de un año de la vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Por tanto, el demandante no tiene derecho a trasladarse al R.P.M., porque le faltan menos de 10 años para adquirir el estatus pensional y tiene 62 años cumplidos. Sin embargo, se advierte que esta prohibición no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL1452 de 2019, dijo que es procedente la ineficacia del traslado, cuando el demandante se encuentra incluso a portas de causar un derecho o tiene un derecho causado. Por lo tanto, es irrelevante si el demandante tiene o no un derecho consolidado, un beneficio transicional o si está próximo a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado en sí mismo considerado.

8. De la excepción de prescripción.

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es pertinente indicar que en la sentencia **SL361** radicada bajo el número **N° 63615** de fecha trece (13) de febrero de dos mil diecinueve (2019), la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, claramente expuso que, los casos de nulidad de traslado, por tratarse de una controversia de estirpe pensional son imprescriptible.

De conformidad con la Jurisprudencia citada, no hay lugar a declarar la prescripción invocada como excepción por las demandadas, y por tanto no accede esta Sala a revocar el numeral primero de la sentencia de primera instancia que la declaró no probada.

9. De la condena en costas.

Las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR solicitan que se revoquen los puntos desfavorables para éstas, esto incluye la condena en costas impuestas en primera instancia, pues bien, sea lo primero traer a colación lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P., aplicable por analogía en materia laboral, el cual a la letra dispone:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe”.

Acompasando la norma al caso que nos convoca, encontramos que, las demandadas, se opusieron a todas y cada una de las pretensiones esbozadas en el libelo inicial, aunado a ello, propusieron

excepciones de mérito y resultaron vencidas en juicio, de ahí que, había lugar a que se impusieran costas contra éstas.

Conclusión.

Conforme a todo lo dilucidado previamente, esta Sala procede a confirmar la sentencia apelada. Como quiera que hubo réplica del demandante en esta instancia y no prosperó el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, se condenará en costas en esta instancia y se fijarán como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo mensual legal vigente, que deberá ser pagado entre todas las demandadas.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 15 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **FERNANDO RACEDO ROSSY** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas, se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo mensual legal vigente, que deberá ser pagado entre todas las demandadas.

TERCERO: Oportunamente, regrésese el expediente a su oficina de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



República de Colombia

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería

Sala Quinta de Decisión Civil Familia Laboral

Folio 261-22

Radicación n.º 23 001 31 05 003 2021 00230 01

(Discutido y aprobado de forma virtual)

MAGISTRADO PONENTE

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA

Montería, septiembre primero (1º) de dos mil veintidós (2022)

Decide la Sala Quinta de Decisión Civil - Familia – Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería- Córdoba, integrada por los Magistrados Cruz Antonio Yánez Arrieta, quien la preside, Pablo José Álvarez Caez y Marco Tulio Borja Paradas, lo que en derecho corresponda sobre el grado jurisdiccional de consulta y el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha veintinueve (29) de junio de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por LILIAN VALLEJO VILLALBA contra ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSANTÍAS COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLPENSIONES, radicado bajo el número **23001310500320210023001 Folio 261**. Por ello, en uso de sus facultades legales y atendiendo a lo normado en el numeral 1º del artículo 13 de la ley 2213 de 2022, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. La señora LILIAN VALLEJO VILLALBA, a través de su apoderado judicial, presentó Demanda Ordinaria Laboral contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSANTÍAS COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLPENSIONES** para que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual administrado por Colfondos S.A., con la finalidad de que Colpensiones la reciba como afiliada y todo lo que ello implica. Así mismo, se condene a las demandadas al pago de costas, incluidas las agencias en derecho.

2. Las anteriores pretensiones, las fundamenta a través de los siguientes hechos, que la Sala sintetiza de la siguiente manera:

- La señora VALLEJO VILLALBA nacida el 30 de septiembre de 1962, inicio su vida laboral afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida cotizando un total de 449,86 semanas.

-Indica que fue visitada por asesores de COLFONDOS S.A., quienes la persuadieron para que se cambiara de régimen pensional, con el argumento de que el Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones se iba a liquidar y podía pensionarse mejor en el Régimen de Ahorro Individual. Por lo que, desde el mes de agosto de 2008, se trasladó a Colfondos S.A., en donde se encuentra afiliada en la actualidad.

- Actualmente ha cotizado al sistema hasta la presentación de esta demanda, un total de 1.118,43 semanas para los riesgos de vejez, muerte e invalidez.

- Cuenta que de manera verbal una asesora de Colfondos S.A., le informó que por el monto de su ahorro la pensión sería de un poco más del salario mínimo legal mensual vigente.

-Indica que, los asesores de COLFONDOS S.A. nunca le ofrecieron una información completa y comprensible de las consecuencias de su traslado al nuevo régimen pensional, como tampoco le informaron que perdería los beneficios establecidos en la ley 100 de 1993 en cuanto al porcentaje de liquidación, monto de la pensión de vejez y la edad para pensionarse, ni mucho menos que en el Régimen de Ahorro Individual el monto de la pensión de vejez depende del capital ahorrado.

-Arguye que, el promedio de los salarios de los últimos 10 años es de más \$5.000.000,00 lo que le arrojaría una mesada pensión mensual muy superior en el régimen de prima media administrada por COLPENSIONES.

-Finalmente afirma que, solicitó a Colpensiones S. A., el retorno al Régimen de Prima Media y éste le fue negado el día 01 de septiembre de 2021.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones S.A., mediante apoderada judicial, procedió a contestarla, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que éstas carecen de argumentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes, así

mismo afirma que, los alcances de declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A., realizado por la actora, afecta directamente los intereses de Colpensiones, quien no es más que un tercero que no tuvo injerencia o participación en dicho acto.

Propuso como excepciones de mérito, las denominadas *“inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para acceder a la pensión de vez”, “desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones” “ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones” “Excepción de inoponibilidad por ser tercero con buena fe” “prescripción”, “No tener la condición afiliada de la Administradora de Colombiana de Pensiones” y la “innominada o genérica”.*

Por otro lado, Colfondos S.A., a través de su apoderado judicial procedió a contestar la demanda allanándose a los hechos que se le endilgan y no presentó oposición a ninguna de las pretensiones de la demandante.

II. FALLO APELADO

Mediante proveído de fecha 29 de junio de 2022, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, declaró la prosperidad de las pretensiones decretando la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, como consecuencia ordenó a Colfondos S.A., devolver y/o trasladar todos los valores que hubiere recibido y que tenga con motivo de la afiliación de la actora LILIAN VALLEJO VILLALBA, a la Colpensiones, tales como: cotizaciones, bonos

pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil. Así mismo, ordenó a Colpensiones, tener a la señora VALLEJO VILLALBA, como su afiliada y deberá darle validez a los aportes pensionales que recibirá de parte de Colfondos S.A., con los rendimientos financieros generados y bono pensional si los hubiere. Finalmente, Condenó en costas a Colpensiones emolumentos que se reconoció a favor de la parte accionante y fijó como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Como fundamento de su decisión, la Juez de primera instancia, inicialmente trajo a colación el principio de libre escogencia pensional plasmado en el artículo 13 literal e de la ley 100 de 1993, seguidamente abarcó la teoría de la información documentada, la cual ha sido ampliamente estudiada desde 2008 por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, y tiene como directriz que, las administradoras de pensiones tienen el deber de dar una información clara y transparente al potencial afiliado sobre todas las consecuencias positivas o negativas que acarreé el acto de traslado, así como otros aspectos esenciales, indicando que, en el sub examine, no se encuentra acreditado que la Administradora de Fondos de Pensiones Colfondos S.A., le haya proporcionado a la demandante toda la información requerida respecto al proceso de cambio de régimen para que la elección fuera pura y simple a efectos de poderse trasladar de manera espontánea, transparente e imparcial y con plena conciencia de los derechos que se verían afectados.

Ahora bien, en lo concerniente a las excepciones de mérito propuestas por Colpensiones, las declaró no probadas y argumentó respecto de la prescripción que no hay lugar a declararla, dado que tratándose de obtener la nulidad del traslado de regímenes pensionales, no proceden los efectos de los artículos 488 del C.S.T., y 151 del C.P.T.

y S.S., dado que es una acción de naturaleza declarativa, que emana de un derecho fundamental imprescriptible, irrenunciable como lo es el de la seguridad social, aspecto que fijó la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en múltiples sentencias tales como la SI 3454 de 11 agosto de 2021 M.P. Dr. Jorge Prada Sánchez .

III. RECURSO DE APELACIÓN.

1. La apoderada judicial de COLPENSIONES S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, arguyendo que la afiliación se realizó de una manera libre y voluntaria. De igual manera, este fondo, no intervino en el acto jurídico que dio origen al traslado de régimen pensional de la señora Vallejo Villalba, por lo que no le corresponde asumir las cargas derivadas de la declaración de ineficacia de éste.

Recuerda que el trabajador tiene la potestad de escoger el fondo que va a administrar sus recursos, así mismo tiene la posibilidad de trasladarse de uno hacia el otro, siempre y cuando no esté inmerso dentro de la prohibición legal que impide aquellos que les queda menos de diez (10) años para pensionarse, trasladarse entre regímenes y, para el caso de la accionante, ésta se encuentra cobijada por esta proscripción debido a su edad.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, manifiesta que COLPENSIONES actuó sin temeridad alguna, bajo el principio de buena fe y sumado a ello, dentro del proceso no se encuentra prueba alguna que evidencie la acreditación de las mismas.

IV. TRASLADO PARA ALEGAR EN ESTA INSTANCIA

Mediante auto adiado 29 de julio de 2022, se corrió traslado a las partes por un término de (5) días hábiles para presentar las alegaciones dentro del presente asunto, término que empezó a correr para la parte recurrente el día 27 de julio de 2022 y para la parte no recurrente el día 3 de agosto de 2022, dentro del mismo se presentaron los siguientes alegatos:

COLPENSIONES.- La apoderada de esta entidad señaló que, la afiliación de la demandante fue de manera libre y voluntaria y al ser un acuerdo de voluntades, solo involucra a las partes que en él intervinieron y como se pudo evidenciar, COLPENSIONES fue ajena a esa circunstancia, en ningún momento asesoró o brindó información para que la demandante accediera al cambio de administradora, en consecuencia, señala que debe ser la administradora de pensiones receptora, en este caso, COLFONDOS, la que soporte las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado y con ello deba asumir el pago de las prestaciones que generan tal declaratoria, pues su representada solo es un tercero ajeno que no intervino en el contrato de afiliación o traslado al fondo y, no debe por ende cargar con la responsabilidad de cumplir lo pretendido por el demandante.

Respecto a la condena en costas reiteró los argumentos esbozados en la apelación para oponerse a éstas.

DEMANDANTE. - La parte demandante no emitió pronunciamiento alguno en el trámite de segunda instancia, al igual que Colfondos S.A.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Previo a iniciar el estudio que nos convoca, se hace necesario aclarar que corresponderá a esta Sala desatar el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia por haber sido ésta adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, por ende, están en juego dineros de la Nación.

2. Problema Jurídico

Es competencia de esta Sala abordar los siguientes puntos básicos de la Litis, ello en atención al recurso de apelación impetrado por Colpensiones S.A.

i) Se analizará si erró la juez de primera instancia al declarar la nulidad del traslado efectuado por la demandante, del Régimen de Prima Media, al Régimen de Ahorro Individual con base en la falta de información brindada por Colfondos S.A.; seguidamente, se determinarán las consecuencias de la nulidad en mención.

ii) Igualmente, se analizará si debe Colpensiones S.A., cargar con las consecuencias propias de la ineficacia del acto de traslado, muy a pesar de que ésta no participó ni intervino en dicho negocio jurídico.

iii) Y, por último, verificaremos si erró el A quo al condenar en costas a Colpensiones.

3. De la nulidad y/o ineficacia del traslado

En lo referente a la ineficacia del traslado, debe decirse que el

Sistema General de Pensiones implementado por la ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral dispuso el deber de las administradoras de pensiones en brindar al afiliado una asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz, entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o traslado, por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos y cartas atestando actuar con libertad y conciencia.

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los “*pro*” y también los “*contra*” que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen. En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal; en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliado, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió

voluntariamente las implicaciones de éste.¹

Asimismo, nótese la sentencia SL12136 de septiembre 3 de 2014, radicación No. 46292, en donde si bien no se había acogido la teoría de la información documentada, en ella la Corte deja claro que no puede *“argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito”*.

Así entonces, sin más anotaciones, era deber de la administradora de fondo de pensiones otorgar la información detallada a la usuaria, señalándole los beneficios y los perjuicios que la afiliación a un régimen determinado trae consigo.

4. Caso concreto

En el *sub examine*, se constata, que la demandada Colfondos S.A., aceptó los hechos que se le endilgan sin demostrar nada a su favor, por tanto, no puede pregonarse una libertad de escogencia cuando esa entidad no le brindó la debida asesoría a la demandante señora Vallejo Villalba, pues no abordaron a plenitud las características y consecuencias de dicho acto jurídico, dejando en vilo el futuro pensional de la actora, al no tener los datos oportunos y claros al momento de la elección del régimen pensional. Pues, omitieron indicar las implicaciones y consecuencias positivas y negativas de dicha actuación, dejando incierto el futuro pensional de la actora, al no contar con información clara al momento de la elección del régimen pensional.

En consonancia, queda claro que la Administradora de Fondos de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindaron la información completa, precisa y clara a la accionante, sobre todas las posibles condiciones que podría tener su derecho pensional e igualmente en cómo iba a salir afectada al vincularse al nuevo régimen.

Así las cosas, al no existir prueba que nos lleve a colegir que la demandada Colpensiones S.A., haya brindado la concerniente asesoría completa y veraz sobre el traslado, es claro que la AFP incumplió su deber de información y, por consiguiente, es viable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca hubo traslado al R.A.I.S. o, más bien, siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, por lo tanto, no perdió los beneficios de este último.

5. No participación de Colpensiones en los actos de traslado

Considera la Sala tal y como fue señalado por la juez de primera instancia, que, al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia es que se vuelva a la situación anterior a la actora, es decir, que la afiliada regrese al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, por ende, no es necesario que medie la voluntad o intervención de COLPENSIONES en dichos actos jurídicos, como tampoco existe límite de edad o tiempo para la declaratoria de nulidad aquí estudiada, pues no se trata de un nuevo traslado de régimen pensional. (Véanse las sentencias **SL17595 de 2017** y **SL4989 de 2018**).

6. El tema de los 10 años no aplica en el evento de la nulidad y/o ineficacia de traslado.

Sostiene la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES S.A. que, con fundamento en el literal e, del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modifica el artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual dispone que los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensión que prefieran una vez efectuada la selección inicial, éstos solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial, después de un año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Por tanto, la demandante no tiene derecho a trasladarse al R.P.M., porque le faltan menos de 10 años para adquirir el estatus pensional y tiene 61 años cumplidos. Sin embargo, se advierte que esta prohibición no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL1452 de 2019, expuso que es procedente la ineficacia del traslado, cuando el demandante se encuentra incluso a portas de causar un derecho o tiene un derecho causado. Por lo tanto, es irrelevante si la demandante tiene o no un derecho consolidado, un beneficio transicional o si está próxima a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado en sí mismo considerado.

7. De la excepción de prescripción.

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es pertinente indicar que en la sentencia **SL361** radicada bajo el número **N° 63615** de fecha trece (13) de febrero de dos mil diecinueve (2019), la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, claramente expuso que, los casos de nulidad de traslado, por tratarse de una controversia de estirpe pensional son imprescriptible.

De conformidad con la Jurisprudencia citada, no hay lugar a declarar la prescripción invocada como excepción por Colpensiones, y por tanto no accede esta Sala a revocar el numeral primero de la sentencia de primera instancia que la declaró no probada.

8. De la condena en costas.

La vocera judicial de COLPENSIONES solicita que se revoque la condena en costas impuesta en primera instancia, pues bien, sea lo primero traer a colación lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P., aplicable por analogía en materia laboral, el cual a la letra dispone:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe”.

Acompasando la norma al caso que nos convoca, encontramos que, la demandada, se opuso a todas y cada una de las pretensiones

esbozadas en el libelo inicial, aunado a ello, propuso excepciones de mérito y resultó vencida en juicio, de ahí que, había lugar a que se impusieran costas contra ésta.

9. Conclusión.

Conforme a todo lo dilucidado previamente, esta Sala procede a confirmar la sentencia apelada. No hay lugar a imponer costas en esta instancia por no haber réplica del recurso.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintinueve (29) de junio de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **LILIAN VALLEJO VILLALBA** contra **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSANTÍAS COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLPENSIONES.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente, regrésese el expediente a su oficina de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS**



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULLIO BORJA PARADAS
Magistrado