



República de Colombia

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería - Córdoba

Sala Quinta de Decisión Civil Familia Laboral

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

Folio 40-23

Radicación n.º 23 001 31 05 002 2022 00070 01

Acta 36

Montería (Córdoba), veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés (2.023)

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, el grado jurisdiccional de consulta y el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha veintiséis (26) de enero de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **MARIA TERESA HADDAD GARCIA** contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, radicado bajo el número **23 001 31 05 002 2022 00070 01** Folio 040. 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 la Sala, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. La señora MARIA TERESA HADDAD GARCIA, a través de su apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –**

COLPENSIONES y PORVENIR S.A., para que se declare la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad - R.A.I.S., de la demandante, hecho a la AFP PORVENIR S.A., con la finalidad de que se declare como única afiliación válida la realizada a COLPENSIONES. Por lo anterior, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los emolumentos que se encuentren en la cuenta de la actora, además de condenar en costas y agencias en derecho a las demandadas.

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

- La señora HADDAD GARCÍA, nacida el 26 de mayo de 1962, quien a la fecha de presentación de la demanda tenía 59 años de edad, se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media entre el 8 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre del año 2000, a partir del mes de noviembre del año 2000 se hizo efectivo el traslado al fondo privado AFP Colmena hoy PORVENIR S.A.

- Al momento de afiliarse al fondo de PORVENIR S.A., éste no le informó acerca de las consecuencias positivas o negativas de trasladarse de régimen.

- El día 23 de marzo de 2022, la demandante presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante COLPENSIONES, petición rechazada con fundamento en que la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

1.3. 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.

Propone a su vez, las siguientes excepciones de fondo: 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, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, excepción de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción, y por último, solicita que si se hallan probados los supuestos fácticos que constituyan una excepción distinta, se reconozca de oficio.

Por otro lado, **Porvenir S.A.**, a través de su apoderado judicial, se opone a las pretensiones alegadas por la demandante, invocando las siguientes excepciones: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

Señalando además que a la actora no le asisten razones fácticas o jurídicas para la ineficacia o nulidad del acto jurídico por medio del cual se realizó el traslado de régimen pensional, puesto que la decisión tomada por la actora, se hizo de manera consciente y voluntaria sin ningún tipo de presiones, bajo el cumplimiento de todos los requisitos exigido por las normas vigentes.

Expresa que, al momento de la afiliación de la actora, la ley vigente no exigía una información rigurosa como fue determinada por normas posteriores, solo se les exigía a las administradoras de pensiones un deber de brindar información cierta, necesaria, veraz y suficiente, mas no otras acciones como dobles asesorías, puntualizar beneficios o realizar proyecciones futuras de la pensión que se devengaría.

II. FALLO APELADO

Mediante sentencia dictada en estrado el día 26 de enero de 2023, el Juzgado Segundo 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 Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ordenando a PORVENIR S.A. devolver y/o trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido y que tengan con motivo de la afiliación de la actora MARIA TERESA HADDAD GARCIA tales como: cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo 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. Asimismo, ordena a COLPENSIONES que se reciba a la actora como afiliada, junto con los aportes. Por último, condenó en costas a las accionadas.

Lo anterior, resumidamente, se dio con base a los siguientes argumentos:

Se fundamenta en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 1788-2019, SL 31989 del 9 de septiembre de 2008, SL 12136 del 3 de septiembre de 2014.

Argumentando que las AFP desde su incorporación al Sistema de Seguridad Social, deben proporcionar a los interesados una información completa y comprensible, esto implica dar a conocer las diferentes alternativas, con sus respectivos beneficios e inconvenientes, como una eventual pérdida de los beneficios pensionales o la existencia de un régimen de transición. La administradora de pensión profesional, se encuentra en un plano desigual en el que la legislación intenta balancear

mediante la exigencia del deber de información y probatorio a cargo de las AFP. Así mismo, dichas entidades deben aportar información cierta, suficiente, clara y oportuna para que conozcan de sus derechos, obligaciones y costos, pero no bastará con una expresión genérica de las características, adicionalmente están en el deber de prestar asesoría y buen consejo.

Dicho deber de información, deberá comprender todas las etapas del proceso, desde la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, no se puede entender como una manifestación libre y voluntaria, cuando la persona desconoce de las afectaciones frente a sus derechos prestacionales, ni podrá encontrarse satisfecho el requisito con una simple expresión genérica, corresponde entonces a las administradoras de pensión llevar registro suficiente de los efectos que conlleva el cambio de régimen.

Por lo anterior, el A-quo basándose en las pruebas documentales aportadas y en el interrogatorio de parte practicado a la demandante, y teniendo en cuenta la jurisprudencia anteriormente mencionada, expresa que le correspondía a la AFP PORVENIR S.A. demostrar que al momento de la afiliación de la actora, se le proporcionó toda la información necesaria, clara y precisa sobre las consecuencias, cosa que no fue acreditada con el formulario de afiliación aportado, donde consta una aparente expresión de voluntad mediante una firma, la cual no es suficiente para demostrar que la afiliada fue debidamente informada, además, se pudo evidenciar que la actora desconocía las diferencias entre ambos regímenes y las consecuencias de su traslado, por lo que se decide declarar la ineficacia del acto jurídico o contrato de afiliación entre la demandante y la AFP PORVENIR S.A.

Para determinar el estado de afiliación en el que quedaría la demandante una vez declarado ineficaz el traslado, el A-quo se remite a la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, SL 367 de 2021, la cual establece que el efecto de la declaratoria de ineficacia, es retrotraer las cosas al estado inicial en el que estarían si no hubiese existido el acto juicio declarado ineficaz, es decir, que cada una de las partes debe devolver a la otra, aquello que recibió con ocasión al negocio jurídico que transgredió las disposiciones legales, por lo tanto, teniéndose que la demandante nunca realizó el traslado a PORVENIR S.A, se entenderá como si siempre hubiese estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES: Señala que Colpensiones no tiene por qué asumir las consecuencias de una declaratoria de nulidad e ineficacia del acto de traslado, pues la afiliación de la demandante fue de manera libre y voluntaria y, por consiguiente, esta AFP no tuvo ninguna injerencia.

Además, señala que la demandante está inmersa en la prohibición que establece el artículo 13 de la ley 100 de 1993, esto es, que no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para obtener la pensión de vejez.

Por último, con respecto a las condenas en costas, se opone debido a que actuó con buena fe.

PORVENIR: Indica que, no están conforme con la decisión de ineficacia proferida en lo referente a la devolución de rendimientos o gastos de administración y primas de seguros previsionales.

Los gastos de administración, tienen una destinación legal específica establecida en la ley 100 de 1993, la cual fue debidamente cumplida durante todo el tiempo que perduró la afiliación, por lo tanto, dichos recursos ya no se encuentran en poder de la administradora, sino de la compañía aseguradora que fue contratada.

Los gastos de administración, también existen en el régimen de prima media con prestación definida, por lo que, al afiliado, aun así, hubiese permanecido en dicho régimen, se le tendrían que realizar los descuentos por gastos de administración.

Al devolver los gastos de administración, se estaría ante un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto de fecha 26 de enero de 2023 se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos por escrito con las siguientes intervenciones:

PORVENIR S.A.: La entidad expresa que, los descuentos efectuados en su momento cumplieron a cabalidad con el objeto y destinación legal, por lo tanto, ya no se encuentran en poder de la administradora sino en la compañía aseguradora. Tanto los rendimientos y gastos de administración y primas de seguros previsionales, son recursos que ya se agotaron y extinguieron al cumplir con su objetivo.

Así mismo, la condena a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones de devolver los dineros correspondientes a los gastos de administración y las comisiones, incluido el valor desembolsado para cubrir la prima de seguro previsional, desconoce las reglas existentes en materia de restituciones mutuas y el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa. La restitución no es viable, no es posible retrotraer las prestaciones correspondientes a gestiones de administración del patrimonio del afiliado y del pago del seguro previsional.

En lo referente a la condena a devolver el valor de los aportes al Fondo de Garantías de Pensión Mínima, expresa que para el reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima se deben cumplir con los requisitos de: i) edad, ii) aportes, iii) la insuficiencia del capital para financiar con la CAI la pensión de vejez, por lo tanto, al ordenarse el traslado de los aportes de un afiliado al RAIS, que se encuentran en su cuenta de ahorro individual, los descuentos por la garantía no es para la cobertura de su pensión y no entran en su CAI.

Las AFP no realizan las gestiones del bono pensional de los afiliados ante la OBP, por el contrario, efectúan la petición de la parte interesada y trámites operativos para la conformación de la historia laboral, una vez esté conformada, es el afiliado quien debe autorizar la emisión del bono pensional el cual hace parte del saldo de ahorro de la cuenta de ahorro individual, cuando exista un trámite de pensión sea por vejez, invalidez o muerte. Si la condena a trasladar el valor correspondiente al bono pensional es confirmada, se estaría ante un enriquecimiento sin causa a favor de la parte demandante y, en una falta de legitimidad en la causa por pasiva, en la medida en que se aplicaría una condena a PORVENIR S.A., sobre una función que no le compete.

No se debe condenar en costas puesto que la parte demandada PORVENIR S.A., siempre actuó con buena fe objetiva.

COLPENSIONES: Expresa que, no se encuentra conforme con que sea inmerso en la declaratoria de ineficacia del acto de traslado y que, como consecuencia de ello, deba asumir las consecuencias jurídicas establecidas en la sentencia de primera instancia.

Se remite a las normas del Código Civil, específicamente a los artículos 1496 – 1500 para hacer claridad sobre las características del acto de afiliación como contrato o convenio. Esto para decir que, el contrato de afiliación se genera por un acuerdo de voluntades entre el

afiliado y la administradora, quienes deben asumir las obligaciones recíprocas que conlleve, por lo tanto, Colpensiones al ser un tercero ajeno que no intervino en la decisión voluntaria del afiliado a trasladarse de régimen, no deber sufrir consecuencias jurídicas por la ineficacia del mismo acto. Expresa que es PORVENIR S.A., quien deberá asumir el pago de los derechos y beneficios a la afiliada, en la forma como le corresponderían en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Agrega que, a la actora no le asiste el derecho a solicitar el cambio de régimen, por cuanto se encuentra en la restricción de edad establecida por la ley y, por cuanto la disparidad de cifras no es un hecho que constituya una causal para declarar ineficacia del contrato suscrito entre las partes.

Culmina refiriéndose a las sentencias C-1024 de 2004, C-625 de 2007, C – 789 de 2002 y C- 596 de 2007, las cuales establecen que, ninguna persona puede favorecerse de los recursos que con tanto esfuerzo han ahorrado de manera obligatoria los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, toda vez que se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera del sistema, al descapitalizar los recursos que se encuentran dispuestos para cancelar las mesadas pensionales futuras y su correspondiente ajuste periódico.

La parte demandante no presentó alegatos en esta instancia.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Del grado jurisdiccional de consulta

Previo a iniciar el estudio que nos convoca, se hace necesario aclarar que, corresponderá a esta Sala de oficio 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. 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 y Porvenir:

I. Si erró el juez de primera instancia al declarar la ineficacia del ~~actu~~ defectuado por la 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 ineficacia en mención.

II. Se determinará si la AFP PORVENIR S.A. deberá devolver todos los aportes realizados por la demandante durante el tiempo de la afiliación, incluidos los gastos de administración y cuotas de la aseguradora.

III. 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.

IV. Verificaremos si operó el fenómeno de la prescripción

V. Y, por último, verificaremos si erró el A quo al condenar en costas a Colpensiones y a Porvenir.

5.3. 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 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.**

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.

5.4. En el sub examine.

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la demandante que, en la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no le brindaron la información necesaria al momento del traslado, pues, omitieron indicar los contras de dicha actuación, dejando en vilo el futuro pensional de la actora, al no tener una información clara al momento de la elección del régimen pensional.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindaron una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicara, no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional.

Por lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara al expresar en sentencia 33083 de 2011 lo siguiente:

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.”.

Así las cosas, esta sentencia impone a la AFP que realizó la afiliación, la obligación de probar que brindó información completa e íntegra a la demandante. En la sentencia citada, sigue diciendo la Corte:

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.” (Subrayado por la Sala).

Por consiguiente, en el plenario no hay prueba que indique que la afiliación se realizó siguiendo las instrucciones del precedente anteriormente citado, puesto que no es dable decir que la firma o suscripción del formulario, es suficiente para demostrar que el consentimiento se brindó de manera informada, ya que no se puede entender suscrito el traslado de una manera libre, espontánea y sin presiones, sin el pleno entendimiento de lo que el escrito esboza por la asimetría de conocimientos mencionada. De igual manera, en la sentencia ibídem señala:

“(...) lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa

decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña. (...)”

En ese orden de ideas, al no existir prueba que nos lleve a colegir que la demandada PORVENIR S.A. haya brindado la información 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 RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, por tanto, no perdió los beneficios de dicho régimen.

5.5. Devolución de saldos.

Ahora bien, con respecto a los fondos que se deben retornar cuando existe cambio de régimen de qué trata el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, tampoco se tendrá en cuenta, de acuerdo a que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada, es la ineficacia y, dentro de los efectos contemplados también está, como lo ha señalado la Corte en abundantes sentencias que, además de tener efectos ex tunc, *“La declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados de pensiones deban trasladar a la administradora del régimen de prima media el capital ahorrado y los rendimientos financieros, así como los gastos de administración y comisiones debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades”*¹ Sumado al hecho que esto solo se predica de los cambios que se realizaron apegados a los requisitos de la ley y no de aquellos que son ineficaces o nulos por falta de información. (Subraya la Sala).

¹ Al respecto véase sentencias: CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL2877-2020, CSJ SL2513-2022, CSJ SL2373-2022, CSJ SL2147-2022, CSJ SL1903-2022.

Dicho lo anterior, le corresponde a PORVENIR, con cargo a sus utilidades, trasladar a Colpensiones el capital ahorrado, los rendimientos financieros, los gastos de administración y las comisiones debidamente indexadas.

5.6. De la excepción de prescripción

En lo que respecta a la excepción de prescripción, imple recordar que la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha edificado un criterio sobre este tópico, concluyendo que el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible. (**Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1838-2019, SL1845-2019 y SL2030-2019**), lo que significa que, no hay lugar a declarar la prescripción invocada como excepción por la parte demandada.

5.7. No participación de Colpensiones en los actos de traslado

Considera la 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 el afiliado 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. De la condena en costas

Las demandadas 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, 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 a su cargo.

No se condenará en costas en esta instancia, por no haber existido réplica por parte de la demandante al recurso de apelación interpuesto por 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,

RESUELVE

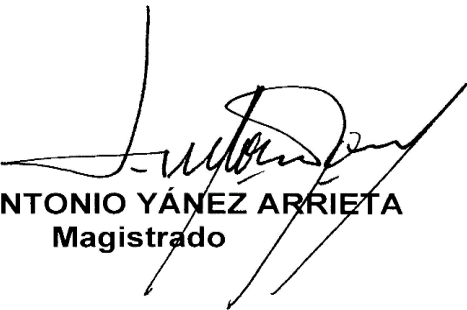
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 26 de enero de 2022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO**, promovido por **MARÍA TERESA HADDAD GARCÍA-** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y **ADMINISTRADORA DE PENSIONES PORVENIR S.A.**

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 TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



República de Colombia

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería - Córdoba

Sala Quinta de Decisión Civil Familia Laboral

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado ponente

Folio 416-22

Radicación n.º 23 001 31 05 003 2022 00048 01

Acta 36

Montería (Córdoba), veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés (2.023)

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, el grado jurisdiccional de consulta y el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 04 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **MARIA BERNARDA NOVA MARRUGO** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A.**, radicado bajo el número **23 001 31 05 003 2022 00048 01** Folio 416. 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 **MARIA BERNARDA NOVA MARRUGO**, a través de su apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. para que se decrete la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media – R.P.M. al de Ahorro Individual Con Solidaridad - R.A.I.S, de la demandante, con la finalidad de que se declare que siempre ha estado válidamente afiliada a COLPENSIONES. Por lo anterior, se condene a PORVENIR S.A. a devolver al RPM los aportes en pensiones, los rendimientos financieros, el bono pensional y los gastos de administración.

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

- La demandante nacida el 07 de enero de 1965, inició cotizaciones en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES el 22 de agosto de 1989.

- A raíz del nuevo sistema pensional que surgió con la ley 100 de 1993, optó por cambiarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS el día 15 de diciembre 1995 administrado por COLPATRIA AFP, hoy PORVENIR S.A.

- la AFP HORIZONTE, absorbió mediante fusión a la AFP COLPATRIA que, a su vez, fue absorbida mediante fusión por PORVENIR S.A., como consta en el certificado de existencia y representación legal de la AFP HORIZONTE.

- El día 01 de septiembre de 1996, efectuó cambio entre AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR, a PROTECCIÓN S.A., hasta el 31 de mayo de 2011, porque de ahí en adelante ha estado afiliada a PORVENIR.

- Señala que, de los múltiples traslados, las AFP no le informaron de las ventajas y consecuencias de dejar el RPM y hacer efectivo su traslado al RAIS.

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 que le permitan ser procedentes, ya que el acto de afiliación goza de plena validez y Colpensiones no tuvo injerencia o participación en el acto señalado; como consecuencia de eso, solicita la absolución de Colpensiones y que se condene a su contraparte en costas procesales.

Propone a su vez, las siguientes excepciones de fondo: 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, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, excepción de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción, no tener la condición de afiliado de la Administradora Colombiana de Pensiones y, por último, solicita que si se hallan probados los supuestos fácticos que constituyan una excepción distinta, se reconozca de oficio.

De la misma forma **PORVENIR** invoca las siguientes excepciones de fondo: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

Indicando que no incumplió con su deber legal de información, en la medida que se brindó de manera, clara, precisa, veraz y suficiente, de acuerdo con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993. Sumado a que la afiliación No. 12836 del 15 de diciembre de 1995, fue producto de una decisión libre, espontánea e informada, garantizando siempre el derecho de retracto a la actora.

A su vez, **COLFONDOS S.A.**, a través de su apoderado judicial, contestó la demanda en debida forma, sin oponerse a las pretensiones.

Por último, **PROTECCIÓN S.A.**, se opone a las pretensiones debido a que el acto de traslado es válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, por lo que la afiliación fue realizada de manera libre y espontánea.

Por lo anterior, invoca las siguientes excepciones de mérito: *“inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir”, “buena fe”, “prescripción”, “aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones”, “reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara 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” e “innominada o genérica”.*

II. FALLO APELADO.

Mediante proveído de fecha 20 de octubre 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 Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ordenando a PORVENIR S.A. devolver y/o trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubieran recibido con motivo de la afiliación de **MARIA BERNARDA NOVA MARRUGO** tales como: cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, 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. Asimismo, deberán devolver información relacionada con la conformación de su historia laboral a COLPENSIONES. Por último, condenó en costas a las demandadas, con excepción al Colfondos.

Lo anterior, resumidamente, se dio con base a los siguientes argumentos:

Teniendo en cuenta que la Corte Suprema de justicia, indica que quienes tienen la obligación de efectuar las acciones de orientación son las AFP, por lo que se debe invertir la carga probatoria contra las demandadas, pues someter a la parte débil (demandante) a esta obligación, sería un despropósito¹ y como no hay prueba que señale que en los momentos previos a traslados se le hubiere suministrado a la demandante información suficiente en torno a las ventajas y desventajas de ambos regímenes, se entiende ineficaz el acto de traslado, pues es esa la consecuencia que ha reiterado la CSJ en pacífica jurisprudencia².

Se debe tener en cuenta que, no es cierto que se demuestre simplemente con el formato de afiliación la libertad de escogencia del régimen, tal como lo ha reiterado nuestro máximo órgano en materia laboral en sentencia SL-1688 de 2019 reiterada en la SL-3454 de 2021, en la que explica que la simple rúbrica impuesta en un formulario pueda sustituir la información que solo les compete a las administradoras brindar. Por lo anterior, se considera que la firma a lo sumo sirve para demostrar el consentimiento, pero no es suficiente para manifestar el consentimiento informado.

Por esta razón, deberán las AFP trasladar el capital ahorrado, junto con el rendimiento financiero, así como los gastos de administración y

¹ CSJ 31989, CSJ 31314 entre otras...

² SL 3611 de 2021 rad. 88467 con MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

primas de los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades³ al igual que los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, pues estos recursos debieron ingresar el RPM administrado por Colpensiones.

Respecto a la prescripción propuesta por las accionadas, basta citar lo expuesto en CSJ SL 3587 de 2021 rad. 82873 con M.P. JORGE PRADA SÁNCHEZ en la que indica:

“es así, como esta corporación ha decantado que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la forma en la que aconteció un determinado hecho o se reconozca un estado jurídico, no prescriben”

De igual manera en la CSJ SL 795-2013 señala que el adocinado está legitimado para interponer en cualquier tiempo reclamos relacionados con la afiliación y todos aquellos componentes de la pensión. Así las cosas, como la declaración de ineficacia del trabajo no están sometidas a término extintivo alguno, los derechos que emanan de ella, tienen idéntica connotación. Sumado a la CSJ SL 1688 de 2009 que indica que los afiliados al sistema general de pensiones, pueden solicitar en cualquier tiempo que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensional y por esa vía que se reconozca a cuál de los 2 regímenes pertenece. Por lo anterior, no prosperará esta excepción

Tampoco prosperarán las siguientes excepciones propuestas por Colpensiones:

Con respecto al desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, la A-quo cita el artículo 2 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, éste se hizo bajo una circunstancia fáctica precisa, que lo es, el traslado del régimen pensional, pero debe entenderse cuando se efectúa en debida forma y goza de validez, no cuando se cimenta en un quebranto a las normas y derechos, el cual no puede trasladarse al afiliado las

³ CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018 CSJ SL 1421-2019 entre otras...

circunstancias administrativas que le impidan el gozo de su derecho pensional.

En lo tratante a las excepciones, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto del traslado y la conducta de Colpensiones, inoponibilidad por ser tercero de buena fe y no tener la condición de afiliación de Colpensiones, no se declarará su prosperidad bajo el entendido de que si bien Colpensiones no participó en el negocio de afiliación y no fue ésta quien incumplió su deber de información, lo cierto es que la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado previo de la situación viciada y la consecuencia obligada es que la demandante debe ser acogida en el RPM.

Con la misma suerte corren las excepciones propuestas por PROTECCIÓN S.A.: buena fe, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación por falta de causa y afecta derechos de buena fe e innominada o genérica, sumado a las pretensiones de PORVENIR buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación, compensación y genéricas, que, por los resultados del proceso se declarará la no prosperidad de las mismas.

COLFONDOS SA, no presentó excepciones de mérito en esta actuación

Por último, como la sentencia es adversa a los intereses de la parte demandada, se impondrá condena en costas a cargo de éstas por cuanto presentaron férrea defensa. Sin embargo, se exceptúa a COLFONDOS

S.A., pues no planteó controversia en el presente asunto, razón por la cual no se condena en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES: Señala que Colpensiones no tiene por qué asumir las consecuencias de una declaratoria de nulidad e ineficacia del acto de traslado, pues la afiliación de la actora fue de manera libre y voluntaria y, por consiguiente, esta AFP no tuvo ninguna injerencia.

Además, señala que la señora Nova tiene 57 años, por lo cual está inmersa en la prohibición que establece el artículo 13 de la ley 100 de 1993, esto es, que no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para obtener la pensión de vejez.

Por último, con respecto a las condenas en costas, se oponen debido a que siempre han actuado bajo el principio de buena fe y Colpensiones no tuvo injerencia en el acto de traslado.

PORVENIR: Indican que no están conforme con la decisión proferida, pues la afiliación realizada no presenta algún vicio y de haber existido, éste se encuentra saneado con el paso del tiempo, sumado a que es inverosímil que después de 27 años de ser trasladada la demandante pretenda un cambio de régimen prohibido por la ley vigente.

De igual manera, el régimen de prima media y el RAIS no son iguales, cada uno tiene sus ventajas y desventajas ya que los requisitos para acceder a la pensión son diferentes y están establecidos en la ley, por tanto, no se puede aducir que una es más ventajosa que otra, ni tampoco que la mera afirmación de la falta de información es conducente para probar los hechos aquí conferidos.

Por otra parte, no puede desconocerse que la administradora, durante el período que tuvo a cargo la administración de los recursos, éstos se han incrementado notoriamente, por lo que ordenar el traslado de los gastos de administración se estaría desconociendo las despesas en que incurrió la administradora Porvenir en procura a incrementar el capital que se encontraba en la cuenta de ahorros de la demandante.

Reitera que la demandante está dentro de la prohibición de traslado de régimen de que trata la ley 100 de 1993 por faltarle menos de 10 años para pensionarse.

Por último, como Porvenir ha actuado de buena fe y acorde a derecho, no hay lugar a condenar en costas.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto de fecha 09 de noviembre de 2022, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos por escrito con las siguientes intervenciones:

MARÍA BERNARDA NOVA MARRUGO: Reitera que no se acreditó el deber de información y buen consejo para con la actora, por lo que se configura la ineficacia del traslado del ISS al RAIS.

COLPENSIONES: Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en la sustentación oral del recurso vertical.

PORVENIR: La AFP PORVENIR, a través de su abogado, presentó sus alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en su contestación y en la sustentación del recurso de apelación.

Solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, sumado a que, en caso de confirmarse, las sumas adicionales a los aportes y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, al momento de trasladarse, no se indexen.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Del grado jurisdiccional de consulta

Previo a iniciar el estudio que nos convoca, se hace necesario aclarar que, corresponderá a esta Sala de oficio desatar el grado de jurisdiccional de consulta de la sentencia, por haber sido ésta adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por ende, está en juegos 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 y Porvenir:

i) Si erró el juez de primera instancia al declarar la nulidad del traslado efectuada por la demandante, del Régimen de Prima Media, al Régimen de Ahorro Individual con base en la falta de información brindada por Porvenir; seguidamente, se determinarán las consecuencias de la ineficacia en mención, qué sumas deben retornar a Colpensiones y si se deben indexar.

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) También se verificará si operó o no el fenómeno de la

prescripción

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

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 las 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.⁴

4. Caso concreto

Para el Sub-*Examine*, le corresponde a la demandada evidenciar que la información brindada a la parte demandante no solo fue suficiente, sino también completa respecto a la decisión de traslado, puesto que existe una disparidad de conocimientos del administrador (conocedor experto de la materia) y la señora Nova, como lo indica la sentencia 33083 de 2011⁵.

Es menester recordar que la sentencia mencionada (entre otras) iteran a las Administradoras de Fondos de Pensiones que realizan la afiliación, la obligación procesal de probar que se brindó información completa e íntegra a su afiliado:

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.” (Subrayado por la Sala).

Por consiguiente, una vez observado el plenario, se advierte que no hay prueba que indique que la afiliación se realizó siguiendo las instrucciones del precedente anteriormente citado, puesto que no es dable decir que la firma o suscripción del formulario es suficiente para

⁴ Al respecto, véanse 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara al expresar en sentencia 33083 de 2011

demostrar que el consentimiento se brindó de manera informada, ya que no se puede entender suscrito el traslado de una manera libre, espontánea y sin presiones, sin el pleno entendimiento de lo que el escrito esboza, precisamente por la asimetría de conocimientos mencionada. De igual manera, en la sentencia ibídem señala:

“(...) lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña. (...)”

Se observa entonces que, COLPATRIA AFP, hoy PORVENIR S.A. incumplió con su deber de información y, por consiguiente, es viable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, bajo la ficción jurídica de que nunca hubo traslado o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPM y, por tanto, no perdió los beneficios de dicho régimen, conforme lo indica la sentencia de primera instancia, incluso los montos que no están señalados en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y que deberán ser indexados, pues *“La declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados de pensiones deban trasladar a la administradora del régimen de prima media el capital ahorrado y los rendimientos financieros, así como los gastos de administración y comisiones **debidamente indexados** y con cargo a sus propias utilidades”*⁶ (Subrayado y negrilla por la Sala).

Aunado a eso, en sentencia SL2373 de 2022, reiterando lo dicho por la sentencia SL31989 de 2008 ha indicado las consecuencias de la nulidad de traslado entre regímenes:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como

⁶ Al respecto véase sentencias: CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL2877-2020, CSJ SL2513-2022, CSJ SL2373-2022, CSJ SL2147-2022, CSJ SL1903-2022.

cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

(...)

"En esa medida, en virtud el grado jurisdiccional de consulta, habrá de adicionarse el fallo de primer grado, en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y las comisiones, con cargo a sus propios recursos."

Por lo anterior, se mantendrá el fallo objeto de apelación, en lo referente a este ítem y a la solicitud de no indexación propuesta por porvenir

5. No participación de Colpensiones en los actos de traslado

Considera la 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 a la misma, 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. 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 Colpensiones y Porvenir, 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 estas.

Por todo lo dicho, se confirmará la sentencia apelada.

Se condenará en costas en esta instancia a favor de la demandante a cargo de Colpensiones y Porvenir por haber réplica del recurso y haber sido éste adverso a las demandadas. Se fijarán como agencias en derecho, la suma un (1) SMLMV que deberá ser pagado entre ambas entidades.

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,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 20 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO 23 001 31 05 003 2022 00048 01**, promovido por **MARIA BERNARDA NOVA MARRUGO**, contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: COSTAS a favor de la demandante y a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR** de acuerdo a la parte motiva de esta sentencia.

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

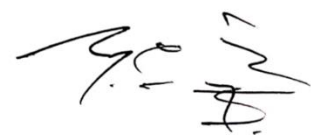
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS**



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



República de Colombia

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería - Córdoba

Sala Quinta de Decisión Civil Familia Laboral

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado ponente

Folio 422-22

Radicación n.º 23 001 31 05 005 2022 00062 01

Acta 36

Montería (Córdoba), veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés (2.023)

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, el grado jurisdiccional de consulta y el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **CONSUELO DE JESÚS HERNÁNDEZ ESPITIA** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, radicado bajo el número **23 001 31 05 005 2022 00062 01** Folio 422. 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 la Sala, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. La señora **CONSUELO DE JESÚS HERNÁNDEZ ESPITIA**, a través de su apoderado judicial, presentó demanda

ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, para que se declare la nulidad y/o ineficacia del contrato de afiliación hecho por la demandante al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL administrado por COLFONDOS S.A. y, de igual manera, con el contrato posterior de afiliación con PORVENIR S.A.; por lo anterior, se ordene trasladar a la actora al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA administrado por COLPENSIONES con todos sus aportes realizados, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración; solicita además, todas las prestaciones o sumas que extra o ultra petita tenga derecho la demandante y que, al momento de liquidar, se haga la indexación respectiva de los conceptos demandados; por último, solicita que se condene en costas y 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 CONSUELO DE JESÚS HERNÁNDEZ ESPITIA, nació el 6 de febrero de 1958, por lo que a la fecha de esta demanda cuenta con 64 años.

- Desde el mes de junio de 1992, la demandante ha realizado aportes a la CAJA DE PREVISIÓN MUNICIPAL DE MONTERÍA, que administró los recursos del RPM hasta su liquidación en agosto de 1996.

-Indica la demandante que fue inducida a afiliarse a COLFONDOS S.A. a partir del mes de septiembre de 1996.

- La señora Hernández Espitia, fue afiliada a HORIZONTE S.A. (hoy PORVENIR S.A), a partir del mes de noviembre de 1999, hasta la fecha de la presentación de la demanda.

- Señala que fue inducida a error, a través de engaños por parte de los asesores de COLFONDOS S.A. y HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., al urdir afirmaciones no ciertas, con el único fin de que se vinculara a las AFP privadas.

- Expresa que en ningún momento los asesores de las AFP privadas, le informaron de i) las desventajas del ahorro individual frente al régimen de prima media con prestación definida, ii) la diferencia que hay entre los montos y porcentajes de la pensión en el RAIS y el de RPM, iii) la proyección de la pensión y/o aportes a devolver en ambos regímenes, iv) las diferencias en el pago de aportes y por último, v) las implicaciones, consecuencia, afectaciones y conveniencias o no de cada régimen.

- La demandante presentó solicitud de traslado de aportes y de régimen pensional ante COLFONDOS S.A., sin embargo, le indicaron que, para resolver la solicitud, debía su apoderado acreditar la presentación personal del poder ante autoridad notarial. Nuevamente incoada la petición, con el requisito cumplido, a la fecha de presentación de la demanda, no ha brindado respuesta alguna.

- De igual manera, presentó solicitud para trasladarse del RAIS al RPM ante PORVENIR S.A., pero fue negada.

- De la misma forma, presentó solicitud de cambio de régimen ante Colpensiones, pero también fue rechazada.

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 que les permitan ser procedentes, ya que el acto de afiliación goza de plena validez, sumado a que Colpensiones es un tercero que no tuvo injerencia o participación en el acto señalado;

como consecuencia de eso, solicita la absolución y que se condene a su contraparte en costas procesales.

Propone a su vez, las siguientes excepciones: Falta de legitimidad en la causa por pasiva, 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, no tener la condición de afiliada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, excepción de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción y, por último, solicita que si se hallan probados los supuestos fácticos que constituyan una excepción distinta, se sirva el señor juez reconocerla de oficio.

Por otro lado, **Porvenir S.A.**, a través de su apoderado judicial, se opone a las pretensiones alegadas por la demandante, invocando las siguientes excepciones: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, **Colfondos**, a través de su apoderado judicial, contestó la demanda en debida forma sin oponerse a las pretensiones.

II. FALLO APELADO.

Mediante proveído de fecha 28 de octubre de 2022, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería - Córdoba declaró la prosperidad de las pretensiones decretando la ineficacia del traslado del Régimen que hizo la señora CONSUELO DE JESUS HERNANDEZ ESPITIA del régimen de prima media con prestación definida hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS, posteriormente a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR y de ésta a la

AFP PORVENIR. Como consecuencia de lo anterior, condenó a Colfondos a devolver los gastos previsionales y gastos de administración que hayan sido descontados, debidamente indexados, de igual forma con la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR y a PORVENIR, para que devuelvan todos los valores que hubieren recibido y que tengan como motivo la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales y que incluyan las deducciones realizadas, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, aportes a fondo de pensión mínima debidamente indexados, ello con todos sus frutos e intereses; así mismo, deberá devolver información relacionada con la conformación de su historia laboral a COLPENSIONES. Adicional a eso, ordenó a COLPENSIONES, tener como afiliada a demandante y darle validez a los aportes que ella realizó a las otras AFPS. Por último, condenó en Costas a COLPENSIONES y a PORVENIR a favor de la demandante.

Lo anterior, resumidamente, se dio con base a los siguientes argumentos:

Indica el *A-quo* que, está confesado por parte de Colfondos que no brindó información clara precisa y concreta acerca de las condiciones, ventajas y desventajas del traslado de régimen, pues no estamos hablando de una elección inicial, sino de un traslado, porque no es cierto como lo manifiesta la apoderada de Colpensiones y de Porvenir que, la Caja de Previsión Social de Montería no hacía parte del RPM, pues ésta pertenece al régimen tal como lo señala el artículo 52 de la ley 100 de 1993, por lo que no tiene respaldo ni eco esa afirmación.

Ya lo ha recalcado la Corte Suprema de Justicia del deber insoslayable de información, cuya consecuencia a faltar a este deber, es la ineficacia de traslado, pues debe las AFP explicarle las ventajas y desventajas al afiliado de cada uno de los regímenes y, si es del caso, hasta desmotivar o desalentar la afiliación. Lo anterior, porque el

principio de elección debe estar precedido por una información clara y precisa, toda vez no es cualquier acto lo que se va a realizar, ya que se escoge bajo qué normativa se va a pensionar la persona; es tan celoso el legislador que en sus artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993, estableció sanciones si se desconocía ese deber de información.

No es cierto tampoco que la simple firma del formulario exonera el deber de dar información clara y precisa de cada uno de los regímenes, por lo que está claro que Colfondos no brindó esta información a la afiliada, por lo tanto, deviene la ineficacia del traslado.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado inicial, todos los demás corren la misma suerte, como la Corte lo ha dicho, pues el efecto de la ineficacia es *ex tunc*, es decir con efectos retroactivos, como si después de 1995 nada hubiese pasado. (SL1421-2019, SL1749-2020).

Ahora bien, los efectos implican que, Colfondos deberá devolver al RPM, durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a la entidad, los gastos previsionales, los gastos de administración que fueron descontados y deben ser debidamente indexados; lo mismo ocurre con Horizonte que posteriormente fue absorbido por Porvenir y, de igual forma, Porvenir, por ser la última entidad a la que fue afiliada, deberá devolver todo lo que ha recibido de las anteriores AFP, más las cotizaciones que tiene, los bonos pensionales, gastos de administración y los gastos previsionales debidamente indexados.

Con relación la imposibilidad de la actora de trasladarse de régimen por faltarle menos de diez años para pensionare, esa situación solo se predica de las afiliaciones realizadas con plena validez, mientras que aquí se está declarando una ineficacia.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, ya ese tema ha sido debatido y decantado, puesto que la declaratoria de ineficacia es

un derecho que hace parte de la pensión y por lo tanto es imprescriptible (TSL1805-2020, entre otras).

Las excepciones propuestas por Colpensiones se declaran no probadas como lo es el desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera, debido a que no se afecta, pues se van a devolver todos los aportes, gastos de administración debidamente indexados, como si siempre estuviese afiliada a Colpensiones; lo mismo ocurre con la ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, debido a que al declararse la ineficacia del traslado, las cosas vuelven al estado anterior al cual estaba, esto es, que la actora esté afiliada al RPM que hoy administra Colpensiones; de igual manera con la excepción de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, toda vez que Colpensiones va a recibir todos los dineros debidamente indexados; asimismo con la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la AFP por Colpensiones, ya que la sentencia le afecta.

Con relación a las excepciones invocadas por Porvenir, tampoco saldrán avante, éstas son, la prescripción de la acción de nulidad, ya que no estamos frente a una nulidad, sino ante una ineficacia y como se dijo anteriormente, ésta es imprescriptible; mismo se predica de la excepción de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, pues está demostrado que no se le brindó información a la demandante, por lo tanto se afectaría a Porvenir por ser una de las AFP en la que se efectuó el traslado entre regímenes y por último, la buena fe no exonera de las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Se condena en costas por valor de un SMLMV en favor de la parte demandante, que deberán pagar Porvenir y Colpensiones por separado. Se exonera de este pago a Colfondos por no oponerse a las pretensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES: Señala que la demandante no registra vinculación con Colpensiones, de igual forma no ha realizado ninguna cotización, razón por la cual insisten en la falta de legitimación en la causa por pasiva. Indican que la afiliación de la demandante se realizó de manera libre y voluntaria y, al ser un acuerdo de voluntades, solo involucra las partes que en él intervinieron, por lo que se puede evidenciar que Colpensiones fue ajena a esa circunstancia y no debe, por ende, cargar con las consecuencias de esta ineficacia.

Es necesario tener en cuenta que cuando el trabajador asalariado independiente al momento de afiliarse por primera vez al sistema de pensiones debe elegir el régimen al cual quiere pertenecer, pero puede cambiarse y trasladarse de régimen de conformidad con el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Sumado a eso, el precedente (como la C789-2002, C596-2007 entre otras) es claro en indicar que ninguna persona puede favorecerse de los recursos que con tanto esfuerzo han ahorrado de manera obligatoria los afiliados al RPM, pues en el caso que se dé, se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera del sistema, lo anterior, al descapitalizar los recursos que están dispuestos para cancelar las mesadas pensionales a futuro y su correspondiente ajuste periódico.

Por último, indican que no hay lugar a condenas en costas porque Colpensiones siempre han obrado de buena fe y no hay prueba que indique su causación.

PORVENIR: Expresa que, debido al presente caso se ordena la ineficacia del traslado y esto implica que las cosas vuelven a su estado original, no tiene ningún sentido condenar a Porvenir a devolver unos

rendimientos que, en teoría no se debieron haber causado, de manera que, en primer lugar, los gastos de administración tienen una destinación específica establecida en la ley 100 de 1993 y, en un segundo punto, que en ambos regímenes pensionales se tiene la obligación de destinar estos aportes a los gastos de administración y Colpensiones y Porvenir tienen derecho a un porcentaje de dicho valor, de manera que, independientemente que la demandante estuviera en otro régimen, el aporte que ella realiza no va a llegar por completo a las arcas de Colpensiones, razón por la cual, de confirmarse la sentencia, se está imponiendo una doble condena por un mismo hecho, pues se está ordenando devolver los gastos de administración y a indexar esa suma, más porque estos gastos se utilizaron de forma correcta por lo que se configuraría un enriquecimiento sin justa causa .

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto de fecha 17 de noviembre de 2022 se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos por escrito con las siguientes intervenciones:

COLPENSIONES: Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en la sustentación oral del recurso vertical.

PORVENIR: A través de su apoderado judicial, allegó escrito exponiendo sus inconformidades en tres puntos: i) indican que no están de acuerdo con la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS, debido a que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar dicha ineficacia, pues el traslado se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza; ii) expresan que no están de acuerdo con la devolución de las sumas recibidas por conceptos de rendimientos, aportes, bonos pensionales, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora y al fondo de pensión mínima debidamente indexados, debido a que estas sumas fueron descontadas e invertidas conforme lo

indica la ley; iii) por último, rechazan las condenas en costas impuestas en primera instancia, toda vez que Porvenir actuó con buena fe objetiva.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Del grado jurisdiccional de consulta

Previo a iniciar el estudio que nos convoca, se hace necesario aclarar que, corresponderá a esta Sala de oficio 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 juegos 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 y Porvenir:

i) *Si erró el juez de primera instancia al declarar la nulidad del traslado efectuada por la demandante, del Régimen de Prima Media, al Régimen de Ahorro Individual con base en la falta de información brindada por Porvenir; seguidamente, se determinarán las consecuencias de la nulidad en mención y qué sumas deben retornar a Colpensiones.*

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) *De la misma forma, se establecerá si la solicitud de ineficacia de traslado se encuentra prescrita*

iv) *Y, por último, verificaremos si erró el A quo al condenar en costas a Colpensiones y a Porvenir.*

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

4. Caso concreto

En el *sub examine*, se constata, que no se le brindó a la demandante, señora **CONSUELO DE JESUS HERNÁNDEZ ESPITIA**, la información necesaria para realizar el traslado de régimen, es decir, no se 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, situación que es respaldada por la confesión hecha por Colfondos en la contestación de la demanda.

Por consiguiente, en el plenario no hay prueba allegada por Colpensiones o Porvenir que indique que la afiliación realizada en Colfondos se realizó siguiendo las instrucciones del precedente anteriormente citado. Lo anterior, teniendo en cuenta que el precedente judicial, impone a las Administradoras de fondo de pensiones, la carga procesal de probar que sí se brindó información completa y clara. Ante esto la sentencia SL 33083 de 2011 entre otras indican:

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.” (Subrayado por la Sala)

Se observa entonces que, como COLFONDOS confesó haber incumplido con su deber de información, y no existe prueba de lo contrario, es viable declarar la ineficacia de la afiliación de la

¹ Al respecto, véanse 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.

demandante al RAIS, bajo la ficción jurídica de que nunca hubo traslado o, más bien, siempre estuvo afiliada al RPM y, por tanto, no perdió los beneficios de dicho régimen conforme lo indica la sentencia de primera instancia, incluso los montos que no están señalados en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, pues *“La declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados de pensiones deban trasladar a la administradora del régimen de prima media el capital ahorrado y los rendimientos financieros, así como los gastos de administración y comisiones debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades”*².

Aunado a eso, en sentencia SL2373 de 2022, reiterando lo dicho por la sentencia SL31989 de 2008 ha indicado, las consecuencias de la nulidad de traslado entre regímenes:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

(...)

“En esa medida, en virtud el grado jurisdiccional de consulta, habrá de adicionarse el fallo de primer grado, en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y las comisiones, con cargo a sus propios recursos.”

² Al respecto véase sentencias: CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL2877-2020, CSJ SL2513-2022, CSJ SL2373-2022, CSJ SL2147-2022, CSJ SL1903-2022.

Por lo anterior, se mantendrá el fallo objeto de apelación, en lo referente a este ítem y a la solicitud de no devolución de sumas recibidas por concepto de rendimientos, aportes, bonos pensionales y demás, invocada por Porvenir.

5. No participación de Colpensiones en los actos de traslado

Considera la 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 el afiliado 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 ineficacia aquí estudiada, pues no se trata de un nuevo traslado de régimen pensional. (Véanse las sentencias **SL17595 de 2017** y **SL4989 de 2018**).

6. De la prescripción

Ante este punto, es necesario traer a colación lo resuelto en la SL1688 y SL1689 de 2019:

“La sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles.”

Por lo anterior, no cabe duda de que no está prescrita la solicitud de ineficacia de traslado.

7. 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 Colpensiones y Porvenir, 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 estas.

Por todo lo dicho, se confirmará la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia, por no existir réplica del recurso de apelación en esta instancia.

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,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 28 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL, RADICADO 23 001 31 05 005 2022 00062 01**, promovido por **CONSUELO DE JESUS HERNÁNDEZ ESPITIA**, contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –**

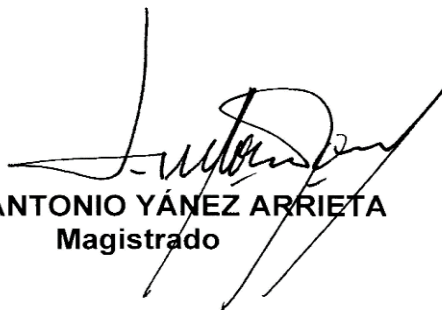
**COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**

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 TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



República de Colombia

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería - Córdoba

Sala Quinta de Decisión Civil Familia Laboral

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado ponente

Folio 408-22

Radicación n.º 23 001 31 05 003 2021 00139 01

Acta 36

Montería (Córdoba), veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

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, el grado jurisdiccional de consulta y el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 04 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral Del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **JOSE ÁNGEL DORIANARVÁEZ** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, radicado bajo el número **23 001 31 05 003 2021 00139 01** Folio 408. 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 la Sala, profiere la siguiente sentencia:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. El señor **JOSE ÁNGEL DORIANARVÁEZ**, a través de su apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., para que se declare la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado del Régimen De Prima Media – R.P.M al de Ahorro Individual Con Solidaridad - R.A.I.S., del demandante, con la finalidad de que se declare que siempre ha estado válidamente afiliado a COLPENSIONES sin solución de continuidad. Por lo anterior, se condene a PORVENIR S.A. a devolver al RPM todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos como: rendimientos financieros, intereses y gastos administrativos; se condene a COLPENSIONES a validar los aportes en pensiones trasladados por PORVENIR y a incorporarlos a la historia laboral en pensiones del asegurado; por último, solicita se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.

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

- El señor **JOSÉ DORIA** estaba afiliado al ISS (hoy COLPENSIONES) y se trasladó del RPM¹ al RAIS² el primer día del mes de abril del año 2000, suscribiendo el contrato de traslado, pese a que se omitió la obligación de buen consejo por parte de Horizonte S.A (hoy PORVENIR) ya que no se le brindó una información clara y completa de los beneficios, contras “y/o” consecuencias del traslado.

- Indica que el 14 de mayo de 2021, el demandante “*solicitó al RAIS la información de su pensión y la aceptación del posible traslado.*”

- Como último hecho manifiesta que, el 12 de mayo de 2021 “*solicitó a COLPENSIONES la aceptación del traslado, recibiendo*

¹ Régimen de Prima Media con Prestación Definida (COLPENSIONES)

² Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (Hoy PORVENIR)

respuesta automática del 12 de mayo del mismo año, negando la misma.”

1.3. 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, solicita la absolución de Colpensiones y que se condene a su contraparte en costas procesales.

Propone a su vez, las siguientes excepciones de fondo: 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, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, excepción de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción, no tener la condición de afiliado de la Administradora Colombiana de Pensiones y, por último, solicita que si se hallan probados los supuestos fácticos que constituyan una excepción distinta, se sirva el señor juez reconocerla de oficio.

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

Señalando además que el actor se vincula a la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. en el año 2000, de una manera libre, informada, autónoma y asesorada como se aprecia en la solicitud N° 99-1070501 documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP, garantizando siempre el derecho a retracto.

Aunado a lo anterior, la Superintendencia Financiera, en concepto con radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020, indicó en caso tal que la nulidad de traslado proceda, solo se deben retornar los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado y no la prima de seguro previsional, ni tampoco la comisión de administración; sumado a eso, se configuraría un enriquecimiento ilícito a favor de Colpensiones, porque el artículo 113, literal b) de la ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe cambio de régimen.

II. FALLO APELADO.

Mediante proveído de fecha 04 de octubre 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 Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ordenando a PORVENIR S.A devolver y/o trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubieran recibido con motivo de la afiliación de **JOSE ÁNGEL DORIA NARVÁEZ** tales como: cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, 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. Asimismo, deberán devolver información relacionada con la conformación de su historia laboral a COLPENSIONES. Por último, condenó en costas a las accionadas.

Lo anterior, resumidamente, se dio con base a los siguientes argumentos:

Teniendo en cuenta que la Corte Suprema de justicia, indica que quienes tienen la obligación de efectuar las acciones de orientación son

las AFP, por lo que se debe invertir la carga probatoria contra las demandadas, pues someter a la parte débil (el demandante) a esta obligación, sería un despropósito³ y como no hay prueba que señale que en los momentos previos al traslado se le hubiere suministrado al demandante información suficiente en torno a las ventajas y desventajas de ambos regímenes, se entiende ineficaz el acto de traslado, pues es esa la consecuencia que ha reiterado la CSJ en pacífica jurisprudencia⁴.

Se debe tener en cuenta que, no es cierto que se demuestre simplemente con el formato de afiliación la libertad de escogencia del régimen, tal como lo ha reiterado nuestro máximo órgano en materia laboral en sentencia SL-1688 de 2019 reiterada en la SL-3454 de 2021, en el que explica que la simple rúbrica impuesta en un formulario pueda sustituir la información que solo les compete a las administradoras brindar. Por lo anterior, se considera que la firma a lo sumo sirve para demostrar el consentimiento, pero no es suficiente para manifestar el consentimiento informado.

Respecto a la prescripción propuesta por las accionadas, basta citar lo expuesto en CSJ SL 3587 de 2021 rad. 82873 con M.P. JORGE PRADA SÁNCHEZ en la que indica:

“es así, como esta corporación ha decantado que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la forma en la que aconteció un determinado hecho o se reconozca un estado jurídico, no prescriben”

De igual manera en la CSJ SL 795-2013 señala que el adocetrinado está legitimado para interponer en cualquier tiempo reclamos relacionados con la afiliación y todos aquellos componentes de la pensión. Así las cosas, como la declaración de ineficacia del trabajo no están sometida a término extintivo alguno, los derechos que emanan de ella, tienen idéntica connotación, por lo que no saldrá avante la excepción.

³ CSJ 31989, CSJ 31314 entre otras

⁴ SL 3611 de 2021 rad. 88467 con MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Tampoco prosperarán las siguientes excepciones propuestas por Colpensiones:

Con respecto al desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, la A-quo cita el artículo 2 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, éste se hizo bajo una circunstancia fáctica precisa que lo es el traslado del régimen pensional, pero debe entenderse cuando se efectúa en debida forma y goza de validez, no cuando se cimenta en un quebranto a las normas y derechos, el cual no puede trasladarse al afiliado las circunstancias administrativas que le impidan el gozo de su derecho pensional.

En lo tratante a las excepciones de inexistencia de la obligación reclamada por faltarle menos de 10 año para cumplir el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto del traslado y la conducta de Colpensiones, inoponibilidad por ser tercero de buena fe y no tener la condición de afiliación de Colpensiones e innominada o genérica, no se declara su prosperidad, bajo el entendido de que si bien Colpensiones no participó en el negocio y fue PORVENIR quien incumplió su deber de información, lo cierto es que la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado previo de la situación viciada y la consecuencia obligada es que el demandante debe ser acogido en el RPM.

Ahora bien, con respecto al término de 10 años, es preciso reiterar que, debido a la falta de información por la administradora del RAIS, al ser declarada la nulidad o ineficacia, no es afectada de manera objetiva esta decisión por la ley de seguridad social, pues su estudio se discierne con éxito en precedencia, con respecto a la prescripción y aplicable a todos los trabajadores que pretenden acceder al beneficio de la seguridad social en pensiones.

Con la misma suerte corren las excepciones propuestas por Porvenir: buena fe, inexistencia de la obligación y genérica, por los resultados del proceso no tienen vocación de prosperidad. En cuanto a la compensación propuesta, en el hipotético caso de que se demostrara una administración adecuada e informada al actor, situación que no viene acreditada en el plenario, atendiendo lo circunscrito por la jurisprudencia vertical, queda desvirtuada al concederse las pretensiones, a partir del estudio de la situación fáctica y las pruebas arrojadas al plenario, por lo que tampoco saldrá adelante.

Por último, como la sentencia es adversa a los intereses de las accionadas, se impone condena en costas a cargo de éstas por cuanto presentaron férrea defensa.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

3.1. COLPENSIONES: Señala que no tiene por qué asumir las consecuencias de una declaratoria de nulidad e ineficacia del acto de traslado, pues la afiliación del actor fue de manera libre y voluntaria y, por consiguiente, esta AFP no tuvo ninguna injerencia.

Además, señala que el señor Doria está inmerso en la prohibición que establece el artículo 13 de la ley 100 de 1993, esto es, que no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para obtener la pensión de vejez.

Indicando que ninguna persona se puede favorecer de los recursos del RPM, pues se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera del sistema, porque descapitaliza los recursos que se encuentran dispuestos para cancelar las mesadas pensionales futuras y su correspondiente ajuste periódico.

Por último, con respecto a las condenas en costas, se oponen debido a que siempre han actuado bajo el principio de buena fe.

3.2. PORVENIR: Indican que no están conforme con la decisión proferida, pues la afiliación realizada no presenta algún vicio y de haber existido, éste se encuentra saneado, sumado a que es inverosímil que después de dos décadas de ser trasladado, pretenda un cambio de régimen prohibido por la ley.

De igual manera, la mera observación de la parte actora de falta de información no es conducente para probar los hechos que pretende, teniendo en cuenta el artículo 9 del Código Civil que determina que la ignorancia de la ley no es excusa, sumado al artículo 1509 que esboza que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

Por otra parte, en lo que se refiere a los rendimiento y cuotas de administración, mediante concepto 1522169003 del 17 de enero de 2000 de la Super Intendencia Financiera en el que expresa que, en los eventos de proceder una nulidad o ineficacia de traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la cuota de seguro previsional, pues la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener vigente la póliza. Además de lo anterior, tampoco la comisión de la administración, pues de condenar el traslado de los aportes a Colpensiones, se configuraría un enriquecimiento ilícito, pues no existe norma que señale tal devolución.

Por último, como Porvenir ha actuado de buena fe y acorde a derecho, no hay lugar a condenar en costas.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

JOSE ANGEL DORIA NARVAEZ: A través de apoderado judicial, el demandante, solicita que, en el evento de confirmar la sentencia de primera instancia, se condene en costas en la tasa máxima permitida según el acuerdo PSAA16-10554 en sus artículos 5 y 2 por el desgaste desmesurado del aparato judicial por parte de los demandados.

COLPENSIONES: Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en la sustentación oral del recurso vertical, haciendo énfasis en que la actora está dentro de la prohibición legal de trasladarse entre régimen por faltarle menos de 10 años para pensionarse.

PORVENIR: Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en la sustentación oral del recurso vertical, precisando que no se puede ordenar la devolución de sumas diferentes a lo dispuesto en el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Del grado jurisdiccional de consulta.

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

5.2. 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 y Porvenir:

i) *Si erró el juez de primera instancia al declarar la nulidad del traslado efectuada por el demandante, del Régimen de Prima Media, al Régimen de Ahorro Individual con base en la falta de información brindada por Porvenir; seguidamente, se determinarán las consecuencias de la nulidad en mención y qué sumas deben retornar a Colpensiones.*

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) *De igual forma, se verificará si la solicitud de ineficacia de traslado se encuentra prescrita.*

iv) *Y, por último, verificaremos si erró el A quo al condenar en costas a Colpensiones y a Porvenir.*

5.3. De la 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.⁵

5.4. Caso concreto.

En el *sub examine*, se constata, que no se le brindó al demandante, señor **JOSE ÁNGEL DORIA VARVÁEZ**, la información necesaria para realizar el traslado de régimen, es decir, no se 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.

Así las cosas, le corresponde a la demandada probar que la información brindada a la parte demandante no solo fue suficiente, sino

⁵ Al respecto, véanse 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.

también completa respecto a la decisión de traslado, puesto que existe una disparidad de conocimientos del administrador (conocedor experto de la materia) y el señor Doria, como lo indica la sentencia 33083 de 2011⁶.

Es menester recordar que la sentencia mencionada (entre otras), iteran a las Administradoras de Fondos de Pensiones que realizan la afiliación la obligación procesal de probar que se brindó información completa e íntegra a su afiliado, al disponer:

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.” (Subrayado por la Sala).

Por consiguiente, en el plenario no hay prueba que indique que la afiliación se realizó siguiendo las instrucciones del precedente anteriormente citado, puesto que no es dable decir que la firma o suscripción del formulario es suficiente para demostrar que el consentimiento se brindó de manera informada, ya que no se puede entender suscrito el traslado de una manera libre, espontánea y sin presiones sin el pleno entendimiento de lo que el escrito esboza por la asimetría de conocimientos mencionada. De igual manera, en la sentencia ibídem señala:

“(...) lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña. (...)”

Con la misma suerte corre el argumento esgrimido por Porvenir, en el que señala que el actor podía hacer uso de su derecho de retracto en cualquier momento, toda vez que, la existencia de esta opción **no exime** de ninguna forma la responsabilidad de las AFP de brindar una

⁶ Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara al expresar en sentencia 33083 de 2011

información completa, sumado a la situación de que este derecho se adquiere como resultado de la afiliación, pero solo se predica de aquellas que su suscripción estuvo mediada por el deber de información.

Se observa entonces que, PORVENIR incumplió con su deber de información y, por consiguiente, es viable declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, bajo la ficción jurídica de que nunca hubo traslado o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPM y, por tanto, no perdió los beneficios de dicho régimen conforme lo indica la sentencia de primera instancia, incluso los montos que no están señalados en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, pues *“La declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados de pensiones deban trasladar a la administradora del régimen de prima media el capital ahorrado y los rendimientos financieros, así como los gastos de administración y comisiones debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades”*⁷ (Subraya la Sala).

Aunado a eso, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2373 de 2022, reiterando lo dicho por la sentencia SL31989 de 2008, ha indicado las consecuencias de la nulidad de traslado entre regímenes, al disponer:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

⁷ Al respecto véase sentencias: CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL2877-2020, CSJ SL2513-2022, CSJ SL2373-2022, CSJ SL2147-2022, CSJ SL1903-2022.

(...)

“En esa medida, en virtud el grado jurisdiccional de consulta, habrá de adicionarse el fallo de primer grado, en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros

previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y las comisiones, con cargo a sus propios recursos.”

Por lo anterior, se mantendrá el fallo objeto de apelación, en lo referente a este ítem.

5.5. No participación de Colpensiones en los actos de traslado.

Considera la 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 el afiliado 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**).

5.6. De la prescripción

Ante este punto, es necesario traer a colación lo resuelto en la SL1688 y SL1689 de 2019:

“La sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles.”

Por lo anterior, no cabe duda de que no está prescrita la solicitud de ineficacia de traslado.

5.7. 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 Colpensiones y Porvenir, 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 estas.

Por todo lo dicho, se confirmará la sentencia apelada.

Se condenará en costas en esta instancia a favor del demandante a cargo de Colpensiones y Porvenir por haber réplica del recurso y haber sido éste adverso a las demandadas. Se fijarán como agencias en derecho, la suma de un (1) salario mínimo mensual legal vigente que deberá ser pagado entre ambas entidades.

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,

RESUELVE

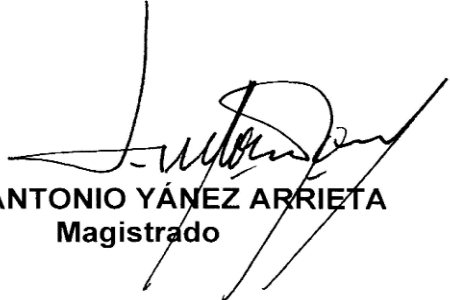
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 04 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, con radicación **23 001 31 05 003 2021 00139 01 Folio -408-22** promovido por **JOSE ANGEL DORIA NARVÁEZ**, contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: Costas en esta instancia, a favor del demandante y a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR** de acuerdo a la parte motiva de esta sentencia.

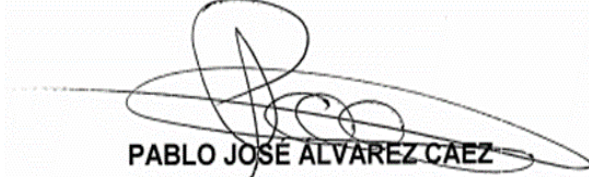
TERCERO: Oportunamente, regrésese el expediente a su oficina de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería – Córdoba

Sala de Decisión Civil – Familia – Laboral

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado ponente

Folio 68-23
Radicación n.º 23 001 31 05 004 2022 00134 01

Acta 36

Montería (Córdoba), veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés
(2.023)

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 interpuesto contra la sentencia de fecha 31 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **ANGÉLICA NEGRETE CÁRDENAS** contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, 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, se profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. La señora Angélica María Negrette Cárdena demandó a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones y a Porvenir

S.A., con la finalidad de que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS realizado por ella.

Igualmente, se condene al demandado Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones todos sus aportes en pensiones recibidos en vigencia de la afiliación ilegal al RAIS, así como los rendimientos generados.

De igual manera, solicita que se ordene a Colpensiones a reconocerla como afiliada, y recibir los aportes, junto con sus rendimientos y se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas. Por último, se condene ultra y extra petita a las demandadas, en el evento de cumplirse los requisitos de ley para esa naturaleza de fallos.

1.2. Las anteriores pretensiones se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- La señora Angélica Negrette nació el 11 de agosto de 1970, por lo que actualmente tiene 53 años de edad y se encuentra cerca de la edad requerida para pensionarse.

- La parte actora narró que estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, desde el 01 de febrero de 1995 hasta el 31 de diciembre de 2007, logrando cotizar un total de 58.86 semanas.

- A partir del 11 de agosto de 2007, se trasladó al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías PORVENIR, donde actualmente se encuentra afiliada.

- Indicó que, al momento de efectuarse el traslado, no le brindaron la suficiente asesoría sobre la incidencia de dicho acto, y nunca le presentaron una proyección por escrito que le permitiera contar con información acerca del monto del capital que tendría que reunir, con la

finalidad de obtener una pensión de vejez digna.

- Adujo que, el día 11 de mayo de 2022 presentó solicitud a Colpensiones del traslado de régimen, pero esta entidad la negó, teniendo en cuenta que ya se encuentra a menos de los 10 años de cumplir con el requisito de edad para pensionarse.

- Por otro lado, afirmó que todo lo anterior pone de presente que fue engañada y mal informada, ya que, si hubiese permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al momento de causar su derecho a pensionarse, lo haría con un monto superior al estimado por Porvenir S.A., ya que Porvenir el día 22 de abril de 2022 le efectuó una proyección o simulación pensional del valor de la primera mesada pensional de vejez que recibiría la actora con esa entidad, la cual asciende a la suma de \$41.168.905 a la edad de 60 años, es decir, para el año 2030.

- A la fecha de presentación del libelo inicial, la demandante registra un total de 724,28 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones.

1.3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por considerar que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes, toda vez que ni el ISS, ni Colpensiones tuvieron influencia en la voluntad de la actora al momento de la celebración del negocio jurídico que le dio origen al traslado. Señaló que a la actora le faltan menos de diez (10) años para solicitar la prestación económica de pensión. Por otra parte, afirmó ser ciertos los hechos que se prueban con los documentos que se adjuntaron al plenario y no constarle los demás.

Propuso como excepciones de fondo las siguientes: *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; inoponibilidad por ser tercero de buena fe; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado del régimen; prescripción; no tener la condición de afiliada de la Administradora Colombiana de Pensiones; obligación de devolución de aportes con todos los rendimientos, elementos y factores que hubiere administrado el fondo de pensiones privado y la innominada o genérica.

- A su turno, la administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones, sobre todo a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aduciendo que la afiliación de la actora fue producto de una decisión libre de presiones o engaño, tal y como consta en la solicitud de vinculación; documento que se presume auténtico de acuerdo con los artículos 243 y 244 del C.G.P y el párrafo del artículo 54^a del C.P.T.

Además, indicó que no era posible el cambio de régimen, dado la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la ley 797 de 2003. Por otra parte, afirmó que en caso de condenar a la AFP a realizar la devolución de los gastos de administración, no da lugar a ser trasladados, por cuanto fueron causados en tracto sucesivo, al administrar la cuenta de ahorro individual de cada afiliado.

Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.*

II. FALLO APELADO Y CONSULTADO

2.1. Mediante sentencia de fecha 31 de enero de 2023, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería-Córdoba, declaró probada la excepción denominada “*obligación de devolución de los aportes con todos los rendimientos, elementos y factores que hubiese administrado el fondo de pensiones privado*” propuesta por Colpensiones, y no probadas las

demás propuestas por los demandados.

En consecuencia, declaró la ineficacia del acto de traslado efectuado por la señora Angélica Negrette, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Porvenir S.A., y condenó a la AFP a devolver los aportes, rendimientos, bonos pensionales, valores en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, gastos de administración y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante debidamente indexados a Colpensiones.

Asimismo, ordenó a Colpensiones recibir a la demandante como afiliada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad.

Por último, condenó a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., a pagar las costas del proceso, fijando como agencias en derecho la suma equivalente a un millón ciento sesenta mil pesos (\$1.160.000) cada una.

2.2. El fallador como fundamento de su decisión, tuvo en cuenta la teoría de la información documentada, la cual ha sido desarrollada ampliamente, desde 2008, por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, y tiene como directrices: a) el deber de las administradora de pensiones de informar adecuadamente al potencial afiliado sobre todas las consecuencias positivas o negativas que acarree el acto de traslado; b) la obligación de estas instituciones de desanimar al afiliado para que no realice dicho acto, en caso de que tenga implicaciones nociva para éste; c) el deber de estas administradoras de documentar toda la información suministrada al potencial afiliado y d) que la sola manifestación del potencial afiliado plasmada en un formulario de afiliación, no surte efecto alguno, si con la suscripción de este documento se ve afectado la expectativa pensional de éste.

Entonces, en consideración a la anterior teoría, el *A quo* manifestó que las pruebas aportadas al expediente, indicaban que inicialmente la actora estuvo vinculada, y en consecuencia cotizando en pensión al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que posteriormente decidió trasladarse, el día 11 de agosto de 2007, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, concretamente a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así mismo señaló que la carga de la prueba la tenía Porvenir S.A., es decir, le correspondía demostrar que al momento del traslado de régimen, si le proporcionó la información clara, precisa y veraz a la actora, que le permitiera conocer todas las implicaciones de este acto, y no fue cumplida.

Por último, puso de presente que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha establecido que la declaración de ineficacia de traslado, tiene como efecto suponer que el mismo nunca sucedió, por lo tanto, la demandante nunca se desvinculó del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

No declaró la prescripción solicitada por las demandadas habida cuenta que, conforme a la jurisprudencia de la CSJ por tratarse de un derecho pensional no es posible declararla.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

3.1. El apoderado judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dentro del término legal, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, aduciendo, en estricta síntesis que, el acto de afiliación es un acuerdo de voluntades que solo involucra a las partes que participaron en éste, por lo que consideró que debido a que Colpensiones no intervino en dicho acto, no debía asumir las consecuencias que emanan de la ineficacia de éste. En ese orden, soslayó que el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., era el que debía soportar las consecuencias de la ineficacia del traslado, y con ello, asumir el pago de las prestaciones que genere la declaratoria de nulidad o

ineficacia, es decir, se debía condenar al fondo privado a otorgar los derechos y beneficios a la demandada en la forma como correspondería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Colpensiones ha sido ajeno y es un tercero de buena fe respecto al vínculo entre la accionante y Porvenir S.A.

Por último, indicó que no era posible el retorno de la demandante al régimen de Prima Media con Prestación Definida, dado la restricción consagrada en el numeral e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003.

3.2. Por otro lado, el vocero judicial de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, arguyendo en síntesis que la demandante decidió vincularse con Porvenir S.A., de forma voluntaria en el año 2007, estas circunstancias se ratificaron a través de la permanencia dentro del sistema, actuaciones que de ninguna manera fueron de inconformidad alguna, por lo cual no hay razón para que la señora Angelica Negrette Cárdenas no hubiese utilizado el derecho de retracto dentro del término pertinente, de considerar que las condiciones del régimen al que se trasladó no resultaban más beneficiosas.

Asimismo, la parte actora hoy se encuentra bajo la protección de la ley 797 de 2003; empero, cabe señalar que las actuaciones de ratificación y de decisión de vinculación con su representada, llevaron a que la demandante recibiera de parte del RAIS una debida administración sobre sus aportes, siendo beneficiaria de rendimientos en más de 20 millones de pesos que han favorecido en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Adicional, señaló que en este caso no es posible aducir una falta de deber de información, cuando la demandante podía acceder a los canales de información de su representada para resolver dudas, inquietudes o solicitar datos al respecto y que, contrario a lo dicho por el juez de primera instancia sí es posible declarar la prescripción. Por último, solicita que en el caso de que se confirme la devolución de los rendimientos, se revoque

la indexación dado que los primeros la compensan, criterio que fue adoptado por el Tribunal Superior de Cali.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto adiado 21 de febrero de 2023, se surtió el traslado a las partes para que presentaran por escrito sus alegatos de conclusión. Dentro del término de ley, intervinieron Porvenir SA, Colpensiones y la parte demandante quienes reiteraron los argumentos esbozados en primera instancia.

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 de oficio 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 recurso de apelación.

A fin de resolver el recurso de apelación que hoy ocupa la atención de esta Colegiatura, es menester señalar los puntos de censura, toda vez que de acuerdo a lo consagrado en el artículo 66A del C. P. del T y de la S.S., no se tiene porque entrar a dilucidar inconformidades que no han sido puestas a consideración, con excepción de la demandada Colpensiones, pero por lo anotado en el numeral precedente.

5.3. Problema jurídico.

Acorde a lo anterior, es competencia de esta Sala abordar los siguientes puntos:

- i. Se analizará si erró el Juez de primera instancia al declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del Régimen*

de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que, a voces de los recurrentes, ese acto de traslado fue consentido por la actora y no existe vicio del consentimiento que lo invalide y, de no ser así, determinará las consecuencias de esa ineficacia.

ii. Por otro lado, se estudiará si efectivamente operó el fenómeno de prescripción sobre la presente acción.

iii. Posteriormente se estudiará si la devolución de los rendimientos compensa la indexación ordenada en primera instancia.

iv. 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.

v. Por último, se determinará si erró el a quo al impartir condena en costas a la demandada, Colpensiones.

5.4. De la 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, ha dispuesto que “...las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad...”; información que “...se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica...”. (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de

septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

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, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

“...Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se

afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña...”. (Subrayas de la Sala).

Y más adelante, en la sentencia SL1688, radicación n.º 68838 del ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019), la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral dispuso lo siguiente.

“De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.”

Y ese criterio se ha sostenido hasta la actualidad, es así como, en la sentencia Radicación n.º 59356 de fecha seis (6) de mayo de dos mil veinte (2020), señaló esa alta Corporación:

“De hecho, la regla jurisprudencial identificable en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1688-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado”.

5.5. Caso en concreto.

En ese orden, en el caso concreto, encontramos que en el pliego introductorio alude la demandante Angélica Negrette que, en la AFP del

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, específicamente Porvenir SA, no le brindaron la información necesaria al momento del traslado, pues, omitieron indicar los pros y los contras de dicha actuación, coartando y restringiendo la posibilidad de acceder al prenotado régimen de transición.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindaron una información completa a la potencial afiliada, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicara no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente Litis no fueron acreditadas por la entidad demandada, Porvenir S.A., administradora a la que se trasladó la demandante, circunstancias que permitan inferir razonadamente que dicha entidad no cumplió con su deber de información en los términos antes planteados.

De manera que, al no existir prueba que nos lleve a colegir que la demandada Porvenir S.A., haya brindado la información 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 RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, por tanto, no perdió los beneficios de dicho régimen.

Así entonces, 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, RAIS, 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 sus propios recursos¹, tal como lo dispuso el juez de primera instancia.

5.6. Prescripción.

En lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las recurrentes, es pertinente indicar que en la sentencia **SL361** radicada bajo el número **n.º 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 y/o ineficacia del traslado, por tratarse de una controversia de estirpe pensional son imprescriptible. Claramente la Corte expuso:

“Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016:

(...) la existencia de renovados y sólidos argumentos en contra del criterio vertido en la sentencia CSJ SL, 15 jul. 2003, rad. 19557, y en favor de la tesis de la imprescriptibilidad del derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales, imponen hoy a la Sala la rectificación de la postura jurisprudencial atrás reseñada.

Para ese propósito, es conveniente empezar por recordar que, de acuerdo con el art. 48 de la C.P., la seguridad social es un derecho subjetivo de carácter irrenunciable. Esto quiere decir que, en tanto derecho subjetivo, es exigible judicialmente ante las personas o entidades obligadas a su satisfacción y, en cuanto irrenunciable, es un derecho que no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular, como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades.

Ahora bien, la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa.

¹ CSJ Vid. Sentencias SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008.

En efecto, el calificativo irrenunciable de la seguridad social no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que, desde un enfoque material, busca su satisfacción in toto, a fin de que los derechos y los intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables.

En este sentido, el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica no es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran; si además se tiene en cuenta que una pensión deficitaria no cumple su propósito de garantizar una renta vitalicia digna y proporcional al salario que el trabajador devengó cuando tenía su capacidad laboral inalterada.

Por esto, la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habilita a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho.

Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

De conformidad con la sentencia transcrita, la declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social (CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3199-2021).

5.7. No participación de Colpensiones en los actos de traslado.

Argumenta el apoderado judicial de la parte demandada (Colpensiones), que dicha entidad no fue parte o no intervino en los actos jurídicos de traslado, por ende, las consecuencias de los mismos deben ser asumidas por la administradora privada, más no por Colpensiones.

Empero, considera la Sala que estos argumentos no logran derruir lo sentado por el juez de primera instancia, ya que, al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia es que se retorne a la situación anterior al mismo, es decir, que el afiliado 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. Indexación.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que, en aras de lograr, «[...] el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, [es imprescindible] retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado» (CSJ SL2877-2020 SL3802-2022, SL4238-2022).

Lo expuesto, se traduce en que, como se indicó en líneas que anteceden, Porvenir S. A. al remitir al RPMPD lo depositado en la cuenta de ahorro individual de la solicitante, es decir, aportes y bonos pensionales si a éstos hubiese lugar, junto con sus rendimientos financieros y, con cargo a sus propios recursos incluye: i) las comisiones y gastos de administración, ii) los valores utilizados en seguros previsionales y, iii) los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, durante todo el tiempo que la actora permaneció en el RAIS.

Tal pronunciamiento, se encuentra conforme con lo expuesto en las sentencias CSJ SL2177-2022; SL2272-2022; CSJ SL1637-2022 y, CSJ SL2369-2022, en las que se precisó, que:

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020, CSJ SL5595-2021).

En ese sentido, si bien la vocera judicial de Porvenir S.A., manifiesta que el Tribunal Superior de Cali ha adoptado el criterio de que la devolución de rendimientos compensa una indexación, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal laboral, tiene sentado de que todas las sumas que han de ser integradas sean indexadas, por lo tanto, su reparo no prospera.

5.9. De la condena en costas.

Logra avizorar la Sala que dentro del trámite procesal Colpensiones se opuso a todas y cada de las pretensiones invocadas en el libelo inicial, tanto así que en su defensa propuso excepciones de mérito, en ese orden de ideas, conforme al artículo 365 en su numeral 1º del CGP, era factible imponer costas a la parte vencida en juicio, esto es, Colpensiones y Porvenir S.A.

5.10. Conclusión.

Conforme a todo lo dilucidado previamente, esta Sala procede a confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de las demandadas y en favor de la parte demandante por haber existido réplica de la última en esta instancia. Se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV a cargo de cada una de las accionadas.

En mérito de 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,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 31 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería -

Córdoba, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **ANGÉLICA NEGRETE CÁRDENAS** contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, radicado bajo el número **23 001 31 05 004 2022 00134 01 FOLIO 68-23**.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de las demandadas y a favor de la demandante por existir réplica en segunda instancia. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV en favor de la demandante y a cargo de cada una de las accionadas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado