

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO

ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-005-2023-00012-01 Folio 154-23

ACTA N° 123

Montería, seis (6) de octubre del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A, contra la sentencia de fecha treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **ARTEMIO TOVAR PACHECO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende el actor que se declare la ineficacia de afiliación en el RAIS, dado que, Porvenir omitió el deber de información al afiliado al momento de su vinculación, como consecuencia de ello, condenar al RAIS a trasladar al RPMPD todos los valores que hubiese recibido por motivo de afiliación, cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras con todos sus frutos como rendimientos, intereses y gastos de administración, condenar a Colpensiones a validar los aportes pensionales trasladados por el RAIS y a incorporarlos a la historia laboral en pensiones del asegurado, finalmente, condenar en costas y agencias en derecho.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Aduce el demandante que, se afilió el 01 de agosto de 2007 a Porvenir S.A., pese lo anterior omitieron la obligación del buen consejo por parte del RAIS, al no brindarle una información clara y completa de los beneficios y desventajas de afiliarse al RAIS.
- Indica que el 20 de enero de 2022 solicitó al RAIS la información de su pensión y la aceptación del posible traslado.
- Manifiesta que el 13 de julio de 2022 solicitó a Colpensiones la aceptación del traslado, y en fecha 15 de julio de esa anualidad, le respondieron negativamente.
- Finalmente, señala el actor que como consecuencia de la desinformación de PORVENIR, se vería afectada su mesada pensional, puesto que sería una suma inferior a la que podría obtener en el RPMPD.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, pues no tuvo injerencia en la voluntad del demandante al trasladarse al RAIS y no es posible el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por encontrarse a menos de 10 años de acceder a la pensión de vejez, frente a los hechos indicó que el 3º es cierto y los demás no le constan.

En su defensa formuló las excepciones de *"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, inoponibilidad por ser un tercero de buena fe, prescripción, no tener la condición de afiliado de la administradora colombiana de pensiones, innominada o genérica"*.

I.III.II PORVENIR S.A:

Al contestar la demanda manifestó frente a los hechos que no son ciertos y respecto a las pretensiones se opuso a la totalidad de las mismas, dado que la afiliación del demandante fue libre, voluntaria e informada, pues así consta en la solicitud de afiliación.

En su defensa formula las excepciones de: "*prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas, genérica*"

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 30 de marzo de 2023, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar ineficaz el acto de traslado realizado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al RAIS; declarar no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y Porvenir S.A, condenar a Porvenir a devolver a trasladar a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes cobrados por concepto de comisiones, gastos de administración, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia; ordenar a Colpensiones recibir al actor como afiliado dando validez a los aportes pensionales que recibirá por parte de Porvenir con los rendimientos financieros generados y bono pensional si lo hubiere, finalmente, condenó en costas a las demandadas.

En síntesis, el juez de primera instancia reiteró lo dicho por la jurisprudencia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los beneficios y desventajas de cada régimen pensional, e indicó que en el caso bajo estudio la administradora de pensiones no demostró haber brindado esa información requerida.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES

La vocera judicial de Colpensiones, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia argumentando que, su representada no debe asumir las consecuencias de la ineficacia del traslado realizado por el actor, pues la afiliación del actor al RAIS fue de manera voluntaria y solo involucre a las partes que participaron en el, además, aduce que su representada no participo en la decisión tomada por el demandante, por tal motivo considera que debería ser Porvenir la AFP que soporte las consecuencias de la ineficacia del traslado y debería otorgarle al afiliado los derechos y beneficios en la forma como le correspondería en el régimen de prima media con prestación definida.

Seguidamente, indicó que al actor se encuentra inmerso en la restricción de edad establecida en la norma, del mismo modo, señala que la corte ha sido clara en establecer que ninguna persona puede favorecerse de los recursos que ha ahorrado con esfuerzo y de manera obligatoria los afiliados al Régimen de Prima

Media con Prestación Definida, de llegarse a dar se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Finalmente, señaló oponerse a la condena en costas, dado que, tanto el ISS como Colpensiones han sido respetuosos de la autonomía de la voluntad privada y por eso han permitido que sus afiliados migren al RAIS sin generar implicaciones o influencias en las decisiones que se adoptaron para efectos del traslado. Por tanto, solicita sea revocada la sentencia de primera instancia.

III.II PORVENIR S.A

La apoderada judicial de Porvenir S.A., interpone recurso de apelación con el fin de que se revoque la decisión y sea absuelta de todas y cada una de las pretensiones, teniendo en cuenta que el código civil ha determinado que los vicios del consentimiento son el error, la fuerza y el dolo, en este caso el demandante afirma que no fue inducido en error al afiliarse a Porvenir, sin embargo, resalta que los requisitos para pensionarse en cada régimen son diferentes y los factores de cálculo también son diferentes, por lo que no pueden equipararse y determinar si uno es más ventajoso que otro, pues cada uno cuenta con sus beneficios razón por la cual coexisten en el sistema general de seguridad social.

Frente a los rendimientos y cuotas de administración, indicó que la rentabilidad en la cuenta de ahorro individual se debe a la gestión administrativa de la AFP, además, señaló que el incremento de la cuenta no hubiere sido posible si el actor se encontrara cotizando en el RPM. De otro lado, adujo que la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto de fecha 17 de enero de 2000 estableció de forma expresa que en aquellos eventos en los que proceda la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional en consideración que la aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y que se ordene el traslado de los gastos a Colpensiones configura un enriquecimiento ilícito a favor de esta en la medida de que no existe norma que disponga la devolución.

Finalmente, presentó inconformidad respecto a la condena en costas, dado que, su representada cumplió con los deberes que se encontraban en cabeza del ella y actuó de buena fe, por lo que no hay lugar a la condena en costas.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I DEMANDANTE

El vocero de la parte demandante hizo uso de esta etapa procesal, solicitando que, en el evento de confirmar la sentencia de primera instancia, sea adicionada en el sentido de condenar en costas y agencias en derecho en esta instancia a los apelantes.

IV.II COLPENSIONES

La vocera judicial de Colpensiones reitera lo expuesto en el recurso de alzada, teniendo en cuenta que su representada no debe asumir las consecuencias de la ineficacia del traslado, por tanto, solicita sea revocada la sentencia de primera instancia.

IV. III PORVENIR

El apoderado judicial de Porvenir S.A., manifiesta que no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, máxime cuando el formulario de afiliación se debe presumir auténtico y siempre ha garantizado a la parte demandante la posibilidad de retornar al RPM. De conformidad con lo anterior, solicita sea revocada en su integridad la sentencia de primera instancia y se absuelva a su representada.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a las demandadas.

Pues bien, 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 afiliados, 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).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «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» (CSJ SL12136-2014) [...]*

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. (...)”

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude el demandante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Porvenir S.A, no le brindó la información necesaria al momento del traslado, pues, omitió indicar los pro y los contra de dicha actuación, también indica que no le fue aclarado que debía acumular un capital suficiente para cubrir la prestación de vejez.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó 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 parte de Porvenir S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplió con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad del actor al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, pues no fue informado de la diferencia en los montos de la mesada pensional que recibiría ni frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

En lo atinente a que el demandante no ejerció la facultad de retracto, según lo dispone el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

De otro lado, aduce la apoderada de Colpensiones que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de la afiliación o traslado por

desconocimiento de la libertad informada. En efecto, en la SL2877-2020, nuestro órgano de cierre señaló:

"la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas".

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Porvenir S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es ineficaz, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

De otro lado, alega el vocero judicial de Colpensiones que se estudie la posibilidad de que Porvenir S.A, sea la que otorgue los derechos y beneficios al afiliado en la forma como le correspondería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y el vocero judicial de Porvenir S.A, arguye que no se debe condenar a la devolución de los gastos de administración y prima de seguro, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o 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 recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

Finalmente, respecto a lo manifestado por el apoderado judicial de Porvenir S.A, al alegar que la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto de fecha 17 de enero del año 2000, indicó en forma expresa que en los procesos de nulidad las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, no es menos cierto que se trata de un concepto que no obliga al Juez a aplicarlo máxime cuando el mismo desconoce el criterio reiterado de la honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia más reciente SL 2870 de 2021, en la cual establece los efectos que conlleva la declaratoria de la nulidad del acto de traslado, indicó:

"Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

En efecto, en la última providencia se señaló:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]

«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.»

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que el afiliado 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, devolución de rendimientos financieros y gastos de administración, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por los apoderados judiciales de las demandadas.

II. No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, imple indagar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las

administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

"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"

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

"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”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

III. En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones y Porvenir S.A, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"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."

En el presente asunto, se evidencia que las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A presentaron excepciones y se opusieron a las pretensiones de la demanda, razón por la cual si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma por el Juez de Primera Instancia.

Por último, hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a la demandada Colpensiones y Porvenir, puesto sus recursos no salieron avante y hubo réplica, por ende, se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

Se fijarán tales agencias a cargo de las demandadas, en 1 SMMLV que, según el numeral 1º del artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizad de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS según la motiva. Se fijan las agencias en derecho 1 SMMLV que a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADOS


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO

ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-002-2022-00024-01 Folio 173-23

ACTA N° 123

Montería, seis (6) de octubre del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A, contra la sentencia de fecha diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería-Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **EDGAR EDUARDO MEDINA SUAREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende el actor que se declare la ineficacia del traslado al RAIS administrado por Colfondos S.A., y posteriormente, el traslado realizado a Porvenir S.A., en consecuencia, ordenar a Colpensiones recibirlo sin solución de continuidad como afiliado al RPMPD, condenar a Porvenir S.A., proceda a trasladar todos los aportes por concepto de pensión realizados, junto con todos los rendimientos financieros, bono pensional y gastos de administración, todo debidamente indexado, condenar a Colfondos a trasladar los gastos de administración debidamente indexados que hubiese cobrado durante el tiempo que tuvo como afiliado al demandante, condenar a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez, teniendo en cuenta que actualmente cuenta con las semanas cotizadas necesarias y en el curso del proceso cumplirá con el requisito de la edad, finalmente, condenar en costas y agencias en derecho a las demandadas.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Indica el demandante que, nació el 06 de junio de 1960, cuenta con 61 años.
- Señala que, inició cotizaciones en el Instituto de Seguro Social el 01 de septiembre de 1981, cuando laboraba para el empleador de TUERCAS Y TORNILLOS S.A.
- Relata que en el año 1997 cuando se desempeñó como supernumerario del Banco Santander en la ciudad de Sincelejo llegaron a su oficina asesores de Colfondos y su jefe le indicó que debía trasladarse a esa administradora de pensiones para apoyarla, dado que, hacía parte del mismo grupo financiero y de no trasladarse sería desvinculado de la entidad.
- Manifiesta que, el asesor de Colfondos aseguró que el ISS sería liquidado y que el tiempo cotizado se perdería por lo que se quedaría sin pensión.
- Explica que, no recibió ningún tipo de asesoría antes de trasladarse al RAIS, vinculándose a Colfondos S.A., sin embargo, no se le informó sobre el régimen de pensiones al cual se trasladaba, beneficios y diferencias respecto del RPM administrado por Colpensiones.
- Relata que al momento del traslado, esto es en 1997 tenía 37 años y contaba con 498,41 semanas cotizadas, de acuerdo a la historia laboral entregada por Colpensiones el 14 de agosto de 2017.
- Arguye que, Colfondos no le brindó asesoría que le permitiera tener una información veraz, oportuna, precisa sobre su afiliación al RAIS.
- Seguidamente, alega que cuando laboraba en el Banco Agrario de Colombia el 30 de enero de 2006, llegaron a su oficina asesores de Porvenir S.A., quienes le informaron que si se trasladaba su ahorro individual tendría mayor rentabilidad, sin embargo, omitieron dar información sobre las implicaciones de continuar afiliado al RAIS.
- Señala que, el 13 de agosto de 2019, solicitó el traslado a Colpensiones, siendo respondida la solicitud de forma desfavorable.

- Finalmente, indica que cuenta con 1.300 semanas cotizadas y el 06 de junio de 2022, cumplió 62 años, es decir, cumple con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas pues carecen de argumentos facticos y jurídicos para ser procedentes, toda vez que el acto de traslado goza de plena validez y no evidencia que el consentimiento dado al momento de efectuar el traslado estuviera viciado en alguna forma.

En su defensa formuló las excepciones de *"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 de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; buena fe; prescripción; innominada o genérica"*.

I.III.II COLFONDOS S.A:

Al contestar la demanda, indicó no oponerse a las pretensiones de la demanda y respecto a los hechos 1º, 3º, 4º, 5º y 6º son ciertos, los demás no le constan, además, no propuso excepciones.

I.III.III. PORVENIR S.A

Manifestó oponerse a la prosperidad de las pretensiones, en su lugar, ser absuelta de cada una de ellas, respecto a los hechos 12, 13, 14, 15, 16 y 17 no son ciertos, los demás no le constan.

En su defensa formulo las excepciones de: *"prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación; excepción genérica."*

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 19 de abril de 2023, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas Porvenir y Colpensiones; en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS administrado por Colfondos, ordenó a Porvenir trasladar

a Colpensiones los aportes de pensiones, junto con los rendimientos financieros, bonos pensionales, porcentaje cobrado por gastos de administración, primas de seguro de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, ordenó a Colfondos trasladar a Colpensiones los descuentos que hizo por gastos de administración y primas de seguros provisionales, porcentaje destinado a garantía de pensión mínima durante el tiempo que el actor estuvo afiliado, debidamente indexado; ordenó a Colpensiones recibir al actor como afiliado, junto a los aportes ordenados en los numerales anteriores; declaró que el actor causó su derecho a la pensión de vejez a partir 11 de junio de 2022, mesada pensional actualizada a 2022 ascendía a la suma de \$1.375.563, y debe ser ajustadas conforme al IPC fijado por el DANE anualmente, el disfrute estará supeditado a la desafiliación del sistema pensional; costas por concepto de agencias en derecho a cargo de Colpensiones y Porvenir 1 SMLMV para cada una.

En síntesis, la juez de primera instancia reiteró lo dicho por la jurisprudencia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los beneficios y desventajas de cada régimen pensional, e indicó que en el caso bajo estudio la administradora de pensiones no demostró haber brindado esa información requerida.

De otro lado, respecto a la solicitud de pensión de vejez requerida por el demandante, adujo que, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece los requisitos para acceder a dicha prestación pensional esto es, 62 años para los hombres y 1.300 semanas cotizadas, así las cosas, indicó que de acuerdo con las pruebas aportadas evidencia que el actor cumplió los 62 años en fecha 11 de junio de 2022, aunado a ello, del expediente administrativo observa que el demandante cuenta con un total de 1.620 semanas cotizadas, por tanto, concluye que el demandante tiene causada la prestación pensional deprecada a partir del 11 de junio de 2022, no obstante, aclaró que una cosa es tener causado el derecho a la pensión y otra es el disfrute de la misma, frente a ello, puesto la causación se estructura cuando se cumplen los requisitos mínimos exigidos por la ley para acceder a ella y el disfrute se da cuando solicita el reconocimiento de la pensión en la entidad de seguridad social previa afiliación al régimen.

De conformidad con lo anterior, indicó que, en el plenario no existe una prueba que denote que el demandante está desafiliado del régimen pensional, incluso, no evidencia solicitud de reconocimiento pensional ante Colpensiones, en consecuencia, manifestó que al no existir prueba que el demandante está desafiliado del régimen pensional y por tanto, no es posible otorgar el disfrute

en este momento de la pensión, sin embargo, itera que el demandante tiene causado el derecho pensional desde el 11 de junio de 2022.

En cuanto a la excepción de prescripción manifestó que el derecho a la pensión no prescribe, sino las mesadas, en este caso el derecho a la pensión se causó el 11 de junio de 2022 y la demandada fue presentada el 03 de febrero de 2022, en consecuencia, no puede pregonarse prescripción.

II. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

Manifiesta la vocera judicial que presenta recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, ello teniendo en cuenta que, su representada no debe asumir las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues la afiliación del actor al RAIS fue de manera voluntaria y su representada no participó, por tal motivo, considera que los fondos privados soporten las consecuencias de la ineficacia del traslado y por ello, asuman el pago de las prestaciones, es decir deben ser quienes otorguen los derechos y beneficios al afiliado en la forma como le correspondería al régimen de prima media.

Seguidamente, indica que al actor no le asiste el derecho a solicitar el cambio de régimen pues se encuentra inmerso en la restricción de edad, aunado a ello, indica que se está quebrantando el principio de sostenibilidad financiera del sistema al descapitalizar los recursos que se encuentran dispuestos para cancelar las mesadas pensionales, incluso si se realiza la devolución de los aportes que se tienen en su cuenta de ahorro individual con las respectivas indexaciones.

De otro lado, aduce respecto a la causación del derecho es una obligación que no debe recaer en cabeza de su defendida puesto que Colpensiones solo está llamado al pago de prestaciones de quienes acrediten la calidad de pensionados y/o afiliados, por tanto, en el presente caso al no declararse la ineficacia de traslado la misma suerte correría dicho reconocimiento, es decir, la causación de su derecho, máxime cuando el estudio de su pensión debe hacerse conforme a la normatividad que regula al RAIS y no al régimen de prima media.

Finalmente, respecto a la condena en costas se opone pues durante el transcurso del proceso su defendida actuó de buena fe y no se encuentra prueba alguna de que el demandante asumiera algún tipo de gasto por parte de la parte demandante, en esos términos deja sustentado su recurso de apelación.

III.II PORVENIR S.A

El apoderado judicial de Porvenir S.A., interpone recurso de apelación con el fin de que se revoque la decisión y se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones, teniendo en cuenta que el Código Civil ha determinado que los vicios del consentimiento son el error, la fuerza y el dolo, además, resalta que los requisitos para pensionarse en cada régimen son diferentes y los factores de cálculo también son diferentes, por lo que, no pueden equipararse y determinar si uno es más ventajoso que otro, pues cada uno cuenta con sus beneficios razón por la cual coexisten en el sistema general de seguridad social.

Respecto a los rendimientos y gastos de administración, alega que estos se deben a la gestión administrativa de la AFP, además, el incremento de la cuenta no hubiere sido posible si el actor se encontrara cotizando en el régimen de prima media con prestación definida. Aunado a ello, la Superintendencia indicó de forma expresa que en aquellos eventos en los que proceda la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional en consideración que la aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, además, indica que el hecho de ordenar el traslado de los gastos a Colpensiones configura un enriquecimiento ilícito a favor de esta en la medida de que no existe norma que disponga la devolución.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas considera que cumplió con los deberes que se encontraban en cabeza de su representada y jamás existió una omisión en asesoría, pues siendo la parte actora una persona capaz se entiende que pudo sopesar los argumentos manifestados por la AFP y determinar si le convenía o no tomar la decisión de trasladarse.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

La vocera judicial de la demandada Colpensiones, hizo uso de esta etapa judicial reiterando los argumentos manifestados en el recurso de alzada, esto es, que la afiliación de la demandante fue de manera libre y voluntaria, y al ser un acuerdo de voluntades solo involucra a las partes intervinientes, es decir, Colpensiones es ajena a esa circunstancia, en consecuencia, solicita sea revocada la sentencia de primera instancia, en su lugar, su representada sea absuelta de las pretensiones de la demanda.

IV.II PORVENIR S.A.

Por su parte el apoderado judicial de Porvenir S.A, alega que en el presente asunto no se demostraron los eventos previstos para declarar una nulidad, circunstancia que conduce a que el acto goce de plena validez. Aunado a ello, indica que la afiliación no se encuentra viciada por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz y en el evento de presentarse alguna irregularidad, la misma estaría saneada al permitir durante todo el tiempo su permanencia en el régimen privado, por ende, también solicita sea revocada la sentencia de primera instancia y en consecuencia se absuelva a su representada.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a las demandadas.

Pues bien, 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 afiliados, 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).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «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» (CSJ SL12136-2014) [...]*

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. (...)"

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude el accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Porvenir S.A y Colfondos S.A, no le brindaron la información necesaria al momento del traslado, pues, omitieron indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, las Administradoras de Pensiones estaban 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 indicó 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 parte de Colfondos S.A., y Porvenir S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplió con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad del actor al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, pues no fue informado de las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

De otro lado, aduce el apoderado de Colpensiones que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de la afiliación o traslado por desconocimiento de la libertad informada. En efecto, en la SL2877-2020, nuestro órgano de cierre señaló:

"la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas".

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que las AFP Porvenir S.A y Colfondos S.A, hayan brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es ineficaz, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

De otro lado, alega el vocero judicial de Colpensiones que se estudie la posibilidad de que sean los fondos privados quienes, otorguen los derechos y beneficios al afiliado en la forma como le correspondería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y el vocero judicial de Porvenir S.A, arguye que

no se debe condenar a la devolución de los gastos de administración, rendimientos financieros y prima de seguro, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o 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 recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

Finalmente, respecto a lo manifestado por el apoderado judicial de Porvenir S.A, al alegar que la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto de fecha 17 de enero del año 2000, indicó en forma expresa que en los procesos de nulidad las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, no es menos cierto que se trata de un concepto que no obliga al Juez a aplicarlo máxime cuando el mismo desconoce el criterio reiterado de la honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia más reciente SL 2870 de 2021, en la cual establece los efectos que conlleva la declaratoria de la nulidad del acto de traslado, indicó:

"Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

En efecto, en la última providencia se señaló:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]

«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."

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que el afiliado 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, devolución de rendimientos financieros y gastos de administración, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por los apoderados judiciales de las demandadas.

Aunado a ello, en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones corresponde examinar si efectivamente el demandante cumplió con los requisitos dispuestos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, dispone:

"Artículo 33. *Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1º de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015."

Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso sub examine se observa que el demandante para el año 2022 cumplió 62 años, aunado a ello, del reporte de semanas cotizadas expedido por la AFP Porvenir S.A., se evidencia que hasta el 07 de junio de 2022 había cotizado un total de 1.620 semanas, es decir, el actor causó su derecho pensional una vez cumplió la edad requerida, esto es, el 11 de junio de 2022, tal como coligió la jueza de primer grado.

Ahora bien, al realizar las operaciones aritméticas correspondientes a fin de verificar la liquidación efectuada por la juez de primera instancia respecto al monto de la mesada pensional para el año 2022, se observa que se encuentra ajustada a derecho.

II. No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, imple indagar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Laboral, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

"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"***

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

"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".

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

III. En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones y Porvenir S.A, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"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."

En el presente asunto, se evidencia que las demandada Colpensiones y Porvenir, presentaron excepciones y se opusieron a las pretensiones de la demanda, razón

por la cual si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma por el Juez de Primera Instancia.

Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a las demandadas Colpensiones y Porvenir, puesto no hubo réplica al recurso, por ende, no se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizad de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADOS


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO

ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-003-2021-00196-01 Folio 183-23

ACTA N° 123

Montería, seis (6) de octubre del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, contra la sentencia de fecha veintidós (22) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **ROQUELINA ZUNILDA GONZALEZ HERNANDEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora que

se declare la nulidad o ineficacia del traslado realizado al fondo de pensiones y cesantías Colfondos, ordenar a Colfondos proceda a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado por la actora en su cuenta de ahorro individual junto con su rendimiento financiero, ordenar a Colpensiones aceptar el traslado de la demandante, ordenar a Colpensiones recibir la totalidad de los ahorros hechos por la actora en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos financieros, condenar a las entidades demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Indica la actora que nació el 22 de noviembre de 1959.
- Manifiesta que en fecha 28 de septiembre de 1987, fue nombrada funcionaria Pública del Departamento de Córdoba en la secretaria de educación departamental, tomando posesión del cargo el 20 de octubre del año 1987.
- Señala que estuvo afiliada al Régimen De Prima Media en la Caja Departamental de Previsión social de Córdoba, hasta el 13 de diciembre de 1995, dado que, en dicha data se trasladó al Régimen de Ahorro Individual.
- Arguye que fue vinculada a partir de una actividad engañosa de Colfondos la cual consistió en no dar información acerca de las repercusiones que tendría al cambiarse de Régimen De Prima Media.
- Menciona que el 14 de junio de 2019, solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, sin embargo, tal solicitud fue desatada negativamente.
- Finalmente, aduce la demandante que cuenta con 1.182.86 semanas cotizadas y un ahorro en su cuenta individual de \$82.744.744,39, capital que no es suficiente para acceder a la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I Administradora de Pensiones - Colpensiones.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, al carecer de argumentos facticos y jurídicos que le permitan ser procedentes, y respecto a los hechos indicó que no le constan en su mayoría y tuvo por ciertos los hechos 2º y 6º.

En su defensa formuló las excepciones de *"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, innominada o genérica”

I.III.II. COLFONDOS S.A.

Al dar contestación a la demanda indicó no oponerse a las pretensiones de la demanda y respecto a los hechos 1º, 4º, 5º, 7º son ciertos y los demás no le constan, además, no propuso excepciones de fondo.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 22 de marzo de 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar ineficaz el acto de traslado que realizó la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 13 de diciembre de 1995, por tanto, siempre estuvo vinculada al Régimen De Prima Media Con Prestación Definida, declaró no probadas as excepciones propuestas por Colpensiones, condenó a Colfondos a devolver y/o trasladar a Colfondos todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora tales como: bonos pensionales, cotizaciones, gastos de administración, fondos de garantía de la pensión mínima, primas de seguros provisionales de pensión de invalidez y sobrevivencia debidamente actualizados e indexados y a cargo de sus propios recursos, así mismo deberá devolver la información relacionada con la conformación de su historial laboral, ordenó a Colpensiones a recibir a la actora como afiliada y darle validez a los aportes pensionales que recibirá de parte de Colfondos, junto con los rendimientos generados y fondos pensionales si hubiere lugar, finalmente, condenar en costas a Colpensiones y absolvió a Colfondos de las costas.

En síntesis, la juez de primera instancia manifestó que la jurisprudencia ha sido clara en establecer el deber de los fondos de pensiones de cumplir con la obligación de brindar una información completa al afiliado al momento de realizar el traslado de régimen pensional, además que la declaratoria de ineficacia del traslado está sujeta a que el fondo de pensiones demuestre que brindaron la asesoría completa al afiliado.

Seguidamente, aduce que en el caso sub examine la actora se encontraba afiliada a la Caja Departamental de Previsión Social de Córdoba, hasta el 13 de diciembre de 1995, y posteriormente, se trasladó al RAIS administrado por Colfondos S.A., desde el 13 de diciembre de 1995, tal como consta en la historia laboral, sin embargo, en el plenario no obra prueba en donde conste que le fue suministrada la información correspondiente a la demandante respecto a los

aspecto positivos o negativos de los dos regímenes pensionales, por lo cual no se puede hablar de una libertad de escogencia cuando el fondo incumplió su obligación de brindar asesoría a la demandante antes de suscribir el formulario de vinculación.

Finalmente, señaló que al no haber sido suministrada la información respectiva a la afiliada al momento de la vinculación, tal circunstancia tiene como consecuencia la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES

La vocera judicial de Colpensiones, presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia, no se encuentra conforme con que su representada se vea inmersa en la declaratoria de ineficacia del traslado y con ella tenga que asumir las consecuencias jurídicas deprecadas, ello teniendo en cuenta que la afiliación fue de manera libre y voluntaria, y al ser un acuerdo de voluntades solo involucra a las partes que en el intervinieron, siendo Colpensiones un tercero ajeno a tales circunstancias.

Aunado a lo anterior, adujo que la demandante no registra vinculación con su representada y es claro que no ha realizado cotizaciones en la entidad, por tanto, decretada la nulidad del acto de traslado por la demandante ante el RAIS, el estado natural no sería la afiliación ante Colpensiones.

De otro lado, indicó que los afiliados no pueden trasladarse si les faltan 10 años o menos para cumplir la edad pensional, y en el caso bajo estudio la demandante se encuentra inmersa en esa prohibición, aunado a ello, la Corte ha sido clara en establecer que ninguna persona puede favorecerse de los recursos que con tanto esfuerzo han ahorrado los afiliados al RPM y si se llagara a ello se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas se oponen a la misma toda vez que durante el proceso actuó sin temeridad alguna bajo el principio de buena fe y durante el mismo no se encuentra probado que la demandante incurrió en gastos. Por tanto, solicita sea revocada la sentencia de primera instancia.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

La apoderada de la entidad demandada Colpensiones, hizo uso de esta etapa procesal reiterando los argumentos esbozados en el recurso de apelación, en el sentido de que la afiliación de la demandante fue de manera libre y voluntaria, además, su representada no tuvo injerencia en el acuerdo de voluntades de los demás intervinientes.

IV.II PARTE DEMANDANTE.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante indicó que ratifica los planteamientos jurídicos y jurisprudenciales señalados dentro de escrito introductorio, en el sentido del deber de información de las administradoras de pensiones, motivo por el cual solicita sea confirmada la decisión de la sentencia apelada.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a las demandadas.

Pues bien, 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 afiliados, 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).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «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» (CSJ SL12136-2014) [...]*

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. (...)"

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude el accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

administrada por Colfondos S.A, no le brindó la información necesaria al momento del traslado, pues, omitió indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, las Administradoras de Pensiones estaban 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 indicó 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 parte de Colfondos S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplió con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad de la actora al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, pues no fue informada de la diferencia en los montos de la mesada pensional que recibiría ni frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

De otro lado, aduce el apoderado de Colpensiones que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de la afiliación o traslado por desconocimiento de la libertad informada. En efecto, en la SL2877-2020, nuestro órgano de cierre señaló:

"la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas".

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Colfondos S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es ineficaz, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o 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 recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

Del mismo modo, la honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia más reciente SL 2870 de 2021, establece los efectos que conlleva la declaratoria de la nulidad del acto de traslado, adoctrinó:

"Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

En efecto, en la última providencia se señaló:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]

«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."

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que el afiliado 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, devolución de rendimientos financieros y gastos de administración, razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia.

De otra parte, se evidencia que la demandante con antelación a su afiliación en el RAIS, hizo parte de una caja de previsión la cual quedó derogada con la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones.

En ese orden, a la entrada en vigencia de la ley 100/93, en su artículo 4° y 6°, estableció que estaría conformado por "el ISS y las demás cajas o entidades del sector público o privado que administran sistemas de pensiones, legalmente autorizadas, y mientras no se ordene su liquidación". Sin embargo, el artículo 34 ibídem, fijó una limitante para la afiliación de trabajadores, precisando, en relación con los servidores de niveles territoriales del sector público, que no podían exceder al 30 de junio de 1995. (Sentencia CSJ SL 2817-2019)

Ahora, si bien la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Laboral en sentencia SL3587 de 2021, establece que son casos de afiliación inicial aquellos en los que los afiliados se encontraban en las Cajas de Previsión Social y posteriormente se trasladaban al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se reitera el criterio acogido por esta Corporación ha sido el de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 2817-2019, SL 1305 de 2021, SL 2177 de 2021, en las cuales se tiene que los servidores públicos afiliados inicialmente a las Cajas de Previsión Social, al momento de ser derogadas, dicho régimen quedo incorporado al régimen de prima media, por tanto, es dable concluir que los afiliados pertenecieron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. En consecuencia, se confirmará la decisión.

II. No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, impele indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio

exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

"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"

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

"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”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

III. En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENAS 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."

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda, razón por la cual hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma por la Juez de Primera Instancia.

Por último, hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a la demandada Colpensiones, puesto hubo réplica, por ende, se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

Se fijarán tales agencias a cargo de Colpensiones, en 1 SMMLV que, según el numeral 1º del artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizada de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS según la motiva. Se fijan las agencias en derecho 1 SMMLV que a cargo de Colpensiones.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADOS


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado


CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ
VILLADIEGO

ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-002-2021-00283-01 Folio 206-23

ACTA N° 123

Montería, seis (6) de octubre del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia de fecha dieciocho (18) de mayo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **ORLANDO MANUEL TOVAR BARBOZA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende el actor se declare la ineficacia del acto de afiliación efectuada al RAIS administrado por Colfondos; como consecuencia se condene a Colfondos a trasladar al demandante a Colpensiones, junto con los aportes pensionales y respectivos rendimientos financieros, finalmente, condenar a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Indica el demandante que nació el 05 de noviembre de 1959 y cuenta con 61 años.
- Aduce el actor que ha laborado como trabajador dependiente efectuando sus aportes primero al extinto CAJANAL y posteriormente a COLFONDOS, siendo este su actual fondo de pensiones.
- Relata que en octubre de 1994, asesores de Colfondos visitaron la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN REGIONAL CÓRDOBA, donde labora y estos a través de engaño lo indujeron en error para trasladarse del RPM al RAIS, con la promesa de que en Colfondos su pensión sería superior a la que recibiría en el ISS hoy COLPENSIONES.
- Manifiesta que Colfondos asaltó su buena fe, prometiéndole condiciones pensionales superiores a las ofrecidas en el Régimen de Prima Media, así como también que se le devolvería parte del capital como excedente de libre disponibilidad, con lo cual asegura que captaron su atención e hizo que se materializara el traslado hacia ese fondo.
- Resalta que solo le fueron explicados los aspectos positivos de su afiliación a Colfondos, sin embargo, no le indicaron las desventajas, la cual resulta menos beneficiosa al momento de la pensión.
- Finalmente, arguye que realizó solicitud de traslado ante Colpensiones, quien resolvió su petición de forma negativa al encontrarse a menos de 10 años para pensionarse.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, pues al demandante no le asiste razón en lo pretendido, debido a que el traslado efectuado se ajustó a derecho y se llevó a cabo conforme a las disposiciones aplicables al caso.

En su defensa formuló las excepciones de *“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 de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, buena fe, ausencia de nexos causal por no existir conexidad entre el*

acto de traslado y la conducta de Colpensiones, prescripción, innominada o genérica.”

I.III.II. COLFONDOS S.A.

Al dar contestación a la demanda manifiesta no oponerse a las pretensiones de la misma, y respecto a los hechos 2º y 6º manifestó que no le constan y los demás los tuvo como ciertos, finalmente, no presentó excepciones.

I.III.III. PROTECCION S.A.

Al dar contestación a la demanda indicó que el hecho 1º es cierto y los demás no le constan y frente a las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ella, puesto el acto de traslado es válido, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

En su defensa formulo las excepciones de *“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 de 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, innominada o genérica”*.

I.III.IV PORVENIR S.A

Se tuvo por no contestada la demanda.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 18 de mayo de 2023, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; declaró la ineficacia de traslado de RPM al RAIS realizado por el demandante a Colfondos por la ausencia del deber de información, ordenó a Colfondos trasladar al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones los aportes efectuados por el actor, junto con los rendimientos financieros, cuotas de administración, bonos pensionales, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, así como lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, ordenó a PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS trasladar a Colpensiones los descuentos que hayan realizado por gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía

de pensión mínima, durante el tiempo que el actor estuvo vinculado a esos fondos; costas por concepto de agencias en derecho a cargo de las demandadas PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES.

En síntesis, la jueza de primera instancia reiteró lo dicho por la jurisprudencia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los beneficios y desventajas de cada régimen pensional, e indicó que en el caso bajo estudio la administradora de pensiones no demostró haber brindado esa información requerida.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I COLPENSIONES

La vocera judicial de Colpensiones presenta inconformidad frente a la sentencia de primera instancia, en el entendido que su representada no se encuentra inmerso en la declaratoria de ineficacia del traslado, además, indica que la afiliación del demandante fue de manera libre y voluntaria, por lo que, solo involucra a las partes que en el intervinieron. De otro lado, señala que durante el proceso la parte demandante no logró acreditar que el traslado se encontrara viciado de consentimiento, máxime cuando el demandante ha seguido cotizando al sistema de manera libre y voluntaria, y trasladarse del RAIS al régimen de prima media y posteriormente, trasladarse al RAIS evidencia su deseo de permanecer en dicho régimen.

Seguidamente, señala que el actor se encuentra inmerso en una prohibición legal al encontrarse a menos de 10 años para pensionarse, además, indica que ninguna persona puede favorecerse de los recursos de aquellos que han ahorrado al régimen de prima media y si se llegara a ello, se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas se opone a la misma, toda vez que, su representada durante el proceso actuó sin temeridad alguna bajo el principio de buena fe y siendo un tercero ajeno al negocio jurídico.

III.II. PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de Porvenir S.A., presenta recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, frente a la condena de devolver los valores de gastos de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexados, puesto las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen una destinación específica que en este caso cumplió su cometido durante

el tiempo que el demandante estuvo vinculado, es decir, esta suma ha sido debidamente invertida de conformidad a lo exigido por la Ley y no se encuentra en poder de la demandada, aunado a ello, tampoco es procedente que su representada deba restituir las sumas que pago por concepto de seguros previsionales, por cuanto tampoco se encuentran en su poder sino en la compañía aseguradora contratada.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

La vocera judicial de Colpensiones hizo uso de esta etapa procesal reiterando lo esbozado en el recurso de alzada, en el sentido de solicitar la revocatoria de la sentencia, dado que, no se encuentra inmersa del acto de traslado.

IV.II. PORVENIR S.A.

Por su parte, la apoderada judicial de Porvenir S.A., reiteró lo indicado en el recurso de apelación, en lo que concierne a que el traslado de régimen y posteriores traslados horizontales fueron realizado por el demandante de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo con los requisitos previstos en la Ley.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a las demandadas.

Pues bien, 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 afiliados, 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).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «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» (CSJ SL12136-2014) [...]*

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. (...)"

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude el accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Colfondos S.A., Protección S.A y Porvenir S.A., no le brindaron la información necesaria al momento del traslado, pues, omitieron indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, las Administradoras de Pensiones estaban 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 indicó 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 parte de Colfondos S.A., Protección S.A y Porvenir S.A., circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplieron con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad del actor al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, entre ellas la diferencia de valores en la mesada pensional. Es pertinente aclarar que la suscripción del formato de vinculación no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

De otro lado, aduce la apoderada de Colpensiones que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de la afiliación o traslado por desconocimiento de la libertad informada. En efecto, en la SL2877-2020, nuestro órgano de cierre señaló:

"la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas".

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que las entidades demandadas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad hayan brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es ineficaz, tal como lo coligió la jueza de primer grado.

De otro lado, alega la vocera judicial de Porvenir S.A, que no se debe condenar a la devolución de los gastos de administración y seguros previsiones, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o 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 recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

Así mismo, en sentencia más reciente SL 2870 de 2021, con ponencia del magistrado Carlos Arturo Guarín Jurado, señaló que una de las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado es la devolución de los gastos de administración, postura que ha sido acogida por esta corporación en múltiples sentencias, se dijo:

"Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

En efecto, en la última providencia se señaló:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]

«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."

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que el afiliado 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, devolución de gastos de administración y sumas de seguros previsionales, razón por la cual, no tiene vocación de prosperidad lo alegado por el recurrente.

II. No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, impele indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Laboral, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

"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

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

“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”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

III. En lo concerniente a la condena en costas impuestas por la Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"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.”

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda, razón por la cual hay lugar a la condena en costas impuestas por la jueza de Primera Instancia.

Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a las demandadas, puesto no hubo réplica, por ende, se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizad de Ley,

VII. FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADOS


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-004-2022-00206-01 Folio 261-23

ACTA N° 123

Montería, seis (6) de octubre del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia de fecha nueve (09) de junio de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **LENYS ALVAREZ BARBOZA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Y PORVENIR S.A**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora que se declare la ineficacia de la afiliación o traslado realizado el día 09 de mayo del 2000 a Porvenir S.A, como consecuencia, ordenar a Porvenir S.A., proceda a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado por la actora en su cuenta de ahorro individual junto con su rendimiento financiero, ordenar a Colpensiones proceda a aceptar el traslado y a recibir por parte de Porvenir S.A., la totalidad de los ahorros hechos por el actor en su cuenta de ahorros individual junto con su rendimiento financiero, finalmente, condenar en costas y agencias en derecho a las demandadas.

I.II Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Manifiesta la demandante que se encontraba afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones hasta el día 09 de mayo del año 2000.
- Aduce que, en fecha 09 de mayo del año 2000, bajo actividad engañosa por parte de Porvenir S.A, se trasladó de régimen al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
- Alega la parte demandante que en fecha 25 de junio de 2021, solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen pensional, solicitud que fue rechazada por la demandada argumentando que se encontraba a menos de 10 años para pensionarse.
- Finalmente, indica que en su historia laboral acredita 1.492 semanas cotizadas y un ahorro en su cuenta individual por la suma de DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES CIENTO TRES MIL DOSICENTOS UN PESO (\$273.103.201), capital que no es suficiente para acceder a la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien manifiesta respecto de los hechos 1°, 2°, 5° y 6° son ciertos, los demás no le constan, frente a las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que Colpensiones no tuvo injerencia en la voluntad de la demandante.

En su defensa formuló las excepciones de *"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, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción, no tener la condición de afiliado de la administradora colombiana de pensiones declaratoria de otras excepciones innominada o genérica."*

I.III.II PORVENIR S.A.

La demanda fue contestada por el vocero judicial de Porvenir S.A., quien respecto de las pretensiones manifestó que se opone a todas y cada una de

ellas, respecto a los hechos manifestó que el 1º es cierto, los hechos 2º y 5º no le constan, los demás no son ciertos.

Finalmente presentó las 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*".

II. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

Mediante sentencia de fecha 09 de junio de 2023, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas, declaró la ineficacia del acto de traslado efectuado por la demandante, ordenó a Colpensiones recibir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad, ordenó a Porvenir de manera inmediata proceda a realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales (si los hubiere), gastos de administración, valores de los seguros previsionales y garantía de pensión mínima y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante debidamente indexados con destino al RPM, finalmente, condenó en costas a las demandadas.

En síntesis, el Juez de primera instancia reiteró lo dicho por la jurisprudencia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los beneficios y desventajas de cada régimen pensional, e indicó que en el caso bajo estudio la administradora de pensiones no demostró haber brindado esa información requerida.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta el apoderado judicial de Colpensiones que presenta recurso de apelación en contra la sentencia, ello teniendo en cuenta que Colpensiones no tuvo injerencia en el acto o negocio jurídico que dio lugar al traslado de la demandante al fondo privado PORVENIR S.A, igualmente considera que la actora hizo una clara ratificación de la manifestación de su voluntad a través del tiempo, puesto que, desde la fecha de traslado hasta la fecha de presentación de la demanda, la demandante solo acudió a Colpensiones encontrándose a menos de 10 años para adquirir su derecho a pensión, así mismo considera que el fondo privado Porvenir S.A., se encuentra frente a una inoponibilidad respecto a su representada, teniendo en cuenta el cumulo de semanas que ostenta la demandante cotizados a dicho fondo, es decir, debería ser el fondo privado

Porvenir quien solvente los emolumentos que habría tenido la demandante si hubiese permanecido afiliada al fondo de Régimen de Prima Media con Prestación Definida, dado que Colpensiones ha sido un tercero de buena fe.

Finalmente, solicita a los Honorables magistrados estudiar lo mencionado anteriormente, a efectos de que se busque la seguridad jurídica del Estado y a su vez la seguridad jurídica de su defendida, de acuerdo a que las sentencias están generando un defalco a la sostenibilidad financiera del Estado, en consecuencia, solicita sea revocada la sentencia proferida en esta instancia y se absuelta de todas las condenas.

III.II PORVENIR S.A:

El apoderado judicial de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión, solicitando en primer lugar que se declaren probadas las excepciones de fondo propuestas en la contestación de la demanda y se revoquen todas y cada una de las condenas impuestas a Porvenir S.A, dado que su representada siempre actuó de buena fe en relación con el traslado de régimen pensional que realizó la demandante de forma libre, voluntaria y consciente tal y como quedó establecido en el formulario de afiliación el cual se encuentra ajustado a la ley, siendo dicho documento plena prueba de afiliación de la demandante al RAIS.

Aunado a ello, indica que en el caso bajo estudio la información se entregó de manera verbal y para dicho momento, no existía obligación alguna de dejar constancia de las asesorías brindadas de manera verbal, pues el único documento era el formulario de afiliación, por lo que, no resulta plausible que el juzgado de conocimiento alegue que este documento no es una prueba suficiente, del mismo modo, señala que Porvenir S.A., cumplió con las obligaciones a su cargo de acuerdo con la normatividad vigente para el momento del traslado.

Respecto a la condena impuesta en el numeral cuarto indica que no corresponde con las normas legales que regula la restitución de un bien, y referente a la devolución de gastos de administración, bono pensional, éste no deberá ser devuelto a Colpensiones, toda vez que, el mismo carece de legitimidad para cobrar dicho rubro y si lo pretendido es que Colpensiones cobre dicho rubro el mismo deberá asumir las gestiones administrativas ante la oficina de bonos pensionales del ministerio de hacienda con el fin de que se haga el traslado de dicho valor, igualmente, aduce que no hay lugar a la indexación.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I. COLPENSIONES

El vocero judicial de Colpensiones hizo uso de esta etapa procesal reiterando lo esbozado en el recurso de alzada, en el sentido de que, sea revocada la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que el acto de traslado es un acuerdo de voluntades en el cual no tuvo injerencia.

IV.II. PARTE DEMANDANTE.

El vocero judicial de la parte demandante presentó alegatos de conclusión solicitando sea confirmada la decisión proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que, en el presente asunto el fondo de pensiones no suministró información de manera clara, comprensible y suficiente para que el afiliado conociera las consecuencias favorables y desfavorables de ese acto.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a la demandada COLPENSIONES S.A

Pues bien, 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 afiliados, 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).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «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» (CSJ SL12136-2014) [...]*

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. (...)"

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Porvenir S.A no le brindó la información necesaria al momento del traslado, pues, omitieron indicar los pros y los contra de dicha actuación y las consecuencias que tendría al cambiarse de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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 indicó 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 parte de PORVENIR S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplieron con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad de la accionante al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

De otro lado, aduce el apoderado de Colpensiones que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de la afiliación o traslado por desconocimiento de la libertad informada. En efecto, en la SL2877-2020, nuestro órgano de cierre señaló:

"La decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con

prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas”.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Porvenir S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es ineficaz, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

De otro lado, alega el vocero judicial de Colpensiones que se estudie la posibilidad de que sea Porvenir S.A., quien otorgue los derechos y beneficios del afiliado en la forma como correspondería en el RPM, y el apoderado de Porvenir S.A., aduce que no se debe condenar a la devolución de rendimientos, gastos de administración, bonos pensionales, seguros previsionales y demás emolumentos inherentes. Frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o 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 recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

Así mismo, en sentencia más reciente SL 2870 de 2021, con ponencia del magistrado Carlos Arturo Guarín Jurado, señaló que una de las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado es la devolución de los gastos de administración, postura que ha sido acogida por esta corporación en múltiples sentencias, se dijo:

"Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

En efecto, en la última providencia se señaló:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]

«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.»

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que el afiliado 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, devolución de rendimientos financieros, gastos de administración, bonos pensionales (si los hubiere) y seguros provisionales, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por los apoderados judiciales de las demandadas.

II. No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, imple indagar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Laboral, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de

los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T”

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

“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”

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

“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”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

III. En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones, es pertinente traer a colación lo

estatuído en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"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."

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda, razón por la cual si hay lugar a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia.

Por último, hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a las demandadas Colpensiones y Porvenir, puesto que, sus recursos no salieron avante y hubo réplica, por ende, se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

Se fijarán tales agencias a cargo de las demandadas, en 1 SMMLV que, según el numeral 1º del artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la República y por autorizada de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada de origen y fecha reseñada en el preámbulo de esta providencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a las demandadas en esta instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS**

CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-001-2021-00323-01 Folio 262-23

ACTA N° 123

Montería, seis (6) de octubre del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia de fecha siete (07) de junio de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **AMPARO DEL CARMEN QUIÑONEZ ORTIZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora que se declare la ineficacia de la afiliación o traslado del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, declarar que la AFP Porvenir S.A., incumplió el deber de información de las consecuencias negativas y positivas del traslado de régimen, como consecuencia, ordenar a Porvenir S.A., proceda a trasladar a favor de Colpensiones los valores recibidos como título de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, así como, los valores correspondientes a la cuota de administración, del mismo modo, condenar a Porvenir S.A., proceda a trasladar la totalidad del ahorro obrante en su cuenta de ahorro individual a Colpensiones, finalmente, condenar en costas y agencias en derecho a las demandadas.

I.II Pretensiones subsidiarias. Se declare la nulidad del traslado del régimen pensional a Porvenir S.A., en consecuencia, condenar a Porvenir S.A., trasladar la totalidad del ahorro obrante en su cuenta de ahorro individual a Colpensiones.

I.III Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Manifiesta la demandante que inició sus cotizaciones a CAJANAL EICE, como empleada de la Contraloría General de la República, posterior a ello, se vinculó al ISS hoy Colpensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
- Aduce que, se afilió a Porvenir S.A., sin una real y acertada asesoría, puesto los asesores comerciales la indujeron en error para que suscribiera el formulario de traslado.
- Indica la demandante que, el asesor de Porvenir S.A., no le brindó información sobre las desventajas de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
- Alega la actora que nunca se llenaron formatos de calidad de la información brindada por PORVENIR S.A a fin de establecer si la información era oportuna y eficaz, ni tampoco se le informó si tenía la posibilidad de trasladarse nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida cuando aún le faltaban más de 10 años para acceder a la pensión.
- Arguye que, el día 25 de junio de 2021 solicitó a Porvenir S.A, el traslado de los bonos pensionales, con frutos intereses o rendimientos y los valores correspondientes a la cuota de administración, a favor de Colpensiones.
- Informa la demandante que, en fecha 26 de junio de 2021 Porvenir S.A., le dio respuesta negativa, y luego en fecha 29 de junio de 2021, presentó ante Colpensiones la reclamación administrativa laboral.

I.IV. Contestación de la demanda.

I.IV.I COLPENSIONES.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien manifiesta respecto de los hechos 1º, 3º y 24º son ciertos y los demás no le constan, frente a las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que Colpensiones no tuvo injerencia en la voluntad de la demandante.

En su defensa formuló las excepciones de *"falta de legitimidad en la causa por pasiva, 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 e innominada o genérica"*.

I.IV.II PORVENIR S.A: No presentó contestación a la demanda.

II. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

Mediante sentencia de fecha 07 de junio de 2023, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, resolvió declara no probadas las excepciones propuestas por la demandada, en consecuencia, declaró la ineficacia del acto de traslado efectuado del RPM al RAIS administradora por Porvenir S.A., de acuerdo con lo anterior, ordenó a Colpensiones proceda a recibir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, ordenó a Porvenir S.A., de manera inmediata realice la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales (si los hubiere), gastos de administración, los valores utilizados en seguros provisionales y garantía de pensión mínima y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante, debidamente indexados, con destino a las arcas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado actualmente por Colpensiones, finalmente, condenó en costas a las demandadas.

En síntesis, el Juez de primera instancia reiteró lo dicho por la jurisprudencia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los beneficios y desventajas de cada régimen pensional, e indicó que en el caso bajo estudio la administradora de pensiones no demostró haber brindado esa información requerida.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta la apoderada judicial de Colpensiones que presenta recurso de apelación en contra la sentencia, ello teniendo en cuenta que su representada no tuvo injerencia en el acto o negocio jurídico que dio lugar al traslado de la demandante al fondo privado Porvenir S.A, igualmente considera que Colpensiones nunca participó en la decisión libre y voluntaria tomada por la actora, además, reitera que a la demandante no le asiste derecho a solicitar el

cambio de régimen por cuanto se encuentra inmersa en la restricción de edad y por cuanto el interés del proceso no es otro que la cualidad en cifras, circunstancia que no constituye un vicio o causal para declarar la ineficacia del contrato suscrito entre las partes.

Finalmente, aduce que se opone a la condena en costas, dado que, su representada actuó sin temeridad durante el curso del proceso, bajo el principio de la buena fe, en consecuencia, solicita sea revocada la sentencia proferida en primera instancia.

III.II PORVENIR S.A:

El vocero judicial de Porvenir S.A., interpone recurso de apelación parcial en lo atinente al numeral cuarto de la sentencia argumentando que no comparte los efectos jurídicos endilgados por el A quo en lo atinente a la devolución de gastos de administración, valores adicionales y descuentos que se hicieron al fondo de garantía debidamente indexados o actualizados, pues, dicha condena resulta improcedente toda vez que es incompatible con los rendimientos financieros, teniendo en cuenta que se estaría condenando a la AFP Porvenir dos veces por el mismo rubro.

Finalmente, solicita al Honorable Tribunal revoque parcialmente el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia y en su lugar, indique que la devolución deberá hacerse sin indexación o sin actualización.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I COLPENSIONES.

El apoderado judicial de Colpensiones hace uso de esta etapa procesal reiterando lo expuesto en el recurso de alzada, en el sentido de que, sea revocada la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que el acto de traslado se realizó de forma libre y voluntaria por parte de la demandante.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

V.II Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a la demandada Colpensiones.

Pues bien, 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 afiliados, 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).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, se dijo:

"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

*«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «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» (CSJ SL12136-2014) [...]*

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. (...)”

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Porvenir S.A., no le brindó la información necesaria al momento del traslado, pues, omitieron indicar los pros y los contra de dicha actuación y las consecuencias que tendría al cambiarse de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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 indicó 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 parte de Porvenir S.A., circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplieron con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad de la accionante al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Porvenir S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el

traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es ineficaz, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

De otro lado, alega el vocero judicial de Porvenir S.A., que no se debe condenar a la devolución de rendimientos, gastos de administración, y demás emolumentos inherentes debidamente indexados, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o 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 recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

Así mismo, en sentencia más reciente SL 2870 de 2021, con ponencia del magistrado Carlos Arturo Guarín Jurado, señaló que una de las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado es la devolución de los gastos de administración, postura que ha sido acogida por esta corporación en múltiples sentencias, se dijo:

"Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

*En efecto, en la última providencia se señaló:
Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]*

«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.»

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que el afiliado 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, devolución de rendimientos financieros, gastos de administración debidamente indexados, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por el vocero judicial de Porvenir S.A.

II. No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, imple indagar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Laboral, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

"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"

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

“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”.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

III. En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. CONDENAS 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."

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda, razón por la cual, si hay lugar a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia.

Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, puesto que, no hubo réplica, por ende, no se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizad de Ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada de origen y fecha reseñada en el preámbulo de esta providencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS**

CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado



CRUZ ANTONIO YANEZ ARRIETA
Magistrado