

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-001-31-05-003-2022-00323-01 Folio 374-23

ACTA N° 155

Montería, siete (7) de diciembre 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 diez (10) de agosto de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **AMANDA ESTHER PEINADO ARRIETA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, PROTECCION S.A Y MUNICIPIO DE LORICA- CAJA DE PREVISION SOCIAL MUNICIPAL.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo anterior por haber sido inducida a error al no ser informada sobre las condiciones pensionales al ingresar a dicho régimen, como consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A., devolver a PROTECCIÓN S.A., los gastos de administración durante el tiempo que estuvo afiliada la actora, del mismo modo, ordenar a PROTECCIÓN S.A., proceda a devolver los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y bonos pensionales que tenga la demandante en su cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones, condenar a Colpensiones proceda a recibir los aportes por pensión y demás rendimientos trasladados por PROTECCIÓN S.A., a su favor, y de manera subsidiaria, en el evento que las pretensiones anteriores no

sean estimadas, se ordene a las demandadas de acuerdo a su grado de responsabilidad de cada una de ellas teniendo en cuenta la omisión en la asesoría. Finalmente solicita condenar en costas y agencias en derecho.

I.II Hechos

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

- Manifiesta la demandante que se encontraba afiliada a la extinta caja de previsión social de Córdoba (hoy Colpensiones) desde el año 1993, laborando para el Municipio de Lórica.
- Indica que, con la liquidación de la Caja de Previsión Social de Córdoba, no sabe a qué fondo le fueron trasladados sus aportes hasta el año 1999.
- Aduce que, fue trasladada del Régimen de Prima Media o de reparto a la administración del Régimen de Ahorro Individual con fecha de efectividad desde el día 06 de agosto de 1994, y actualmente se encuentra afiliada en el RAIS administrado por Protección, desde el día 14 de junio de 1995.
- Alega que, los movimientos de régimen pensional como los de afiliación de fondo certificados por ASOFONDOS, mediante oficio de respuesta C-1154-2022 de fecha 25 de julio de 2022, el cual deja constancia de vinculación a Colpensiones, luego pasa a Colfondos S.A., y finalmente, es trasladada a Protección S.A.
- Informa que nunca le fue otorgada asesoría por parte de los fondos privados a efectos de que comprendiera los pro y contras de cada régimen pensional.
- Finalmente, indica que solicitó ante Colpensiones ser recibida en dicho régimen pensional, sin embargo, contestó de forma negativa a lo requerido.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLFONDOS S.A.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por COLFONDOS S.A, quien manifiesta respecto de los hechos 1°, 2°, 8°, 10°, 13°, 16°, 17° Y 18° son ciertos y los demás no le constan, frente a las pretensiones se opuso a la sexta y no presentó oposición a las demás.

Finalmente, se evidencia que no presentó excepciones de fondo.

I.III.II PROTECCIÓN S.A.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por PROTECCION S.A, quien manifiesta respecto de los hechos 1°, 2°, 9°, 10°, Y 11° son ciertos, los hechos 16°, 17° y 18° no son ciertos, los demás no le constan, frente a las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas.

En su defensa formuló las excepciones de mérito: *"Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional, innominada o genérica.*

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

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por COLPENSIONES S.A, quien manifiesta respecto de los hechos 9°, 11° Y 14° son ciertos, los hechos 5°, 6°, 7°,10°,13°, 17°, 18°,19° Y 20° no son ciertos y los demás no le constan, frente a las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas.

En su defensa formuló las excepciones: *"falta de legitimidad en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10años 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, innominada o genérica.*

I.III.IV MUNICIPIO DE LORICA

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por el Municipio de Lorica, quien manifiesta respecto de los hechos 1°, 2°, 5°, 6°, 8°, 9°, 10° y 11° son ciertos y los demás no le constan, frente a las pretensiones manifestó

que no le corresponde pronunciarse de las mismas, dado que no se refieren al ente territorial.

En su defensa formuló las excepciones: *"falta de legitimación en la causa por pasivo material del municipio de Santa Cruz de Lorica.*

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 10 de agosto de 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar ineficaz el acto de traslado de régimen pensional que la demandante del RPMD al RAIS, el 06 de julio de 1994, del mismo modo, dejó sin efectos los traslados efectuados entre fondos privados: AFP COLMENA S.A, con efectividad 01 de julio de 1995 hasta el 31 de marzo de 2000, seguidamente, en razón a la fusión de COLMENA con ING pasó a ésta AFP con fecha de efectividad desde el 01 de abril de 2000 hasta el 30 de diciembre de 2012, entidad que también fue objeto de fusión con PROTECCIÓN S.A., y en consecuencia pasó a estar afiliada a ésta desde el 31 de diciembre de 2012, como consecuencia de ello, se entenderá que la actora siempre estuvo vinculada al RPMD administrado por COLPENSIONES, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

Seguidamente, condenó a PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A., procedan a devolver y/o trasladar todos los valores que hubiere recibido y que tenga con motivo de la afiliación de la demandante a Colpensiones, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, rendimientos financieros, prima de seguros, debidamente indexados y devolver la información relacionada con su historia laboral, en consecuencia, ordenó a Colpensiones proceda a recibir como afiliada a la actora al RPMD, sin solución de continuidad, y autorizó a Colpensiones a recibir los aportes ante PROTECCION S.A., y deberá actualizar la historia laboral, finalmente, condenó a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., en costas y agencias en derecho.

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 ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta la apoderada judicial de Colpensiones que presenta recurso de apelación en contra la sentencia, debido a que se encuentra inconforme con que su representada se vea inmersa en la declaratoria de ineficacia de traslado y con ella tenga que asumir las consecuencias jurídicas deprecadas en la presente sentencia, reitera que la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual fue de manera libre y voluntaria, y al ser de esta forma Colpensiones no tuvo ninguna intervención en ella, puesto, es un tercero ajeno a esas circunstancias, dado que, no asesoró o brindó información para que la demandante accediera al cambio de administradora.

Además, reitera que la actora no registra vinculación con Colpensiones, es claro que no realizó cotizaciones en ningún tiempo con la entidad, por lo que, decretado el acto de nulidad realizado por la actora ante las AFP del RAIS el estado natural no sería la afiliación a Colpensiones.

Además, indica que debe tenerse en cuenta que la demandante no le asiste derecho a solicitar el cambio de régimen por cuanto se encuentra inmersa en la restricción de edad. Finalmente, en cuanto a la condena en costas se opusieron manifiesta que su representada actuó sin temeridad alguna bajo el principio de buena fe, en consecuencia, solicita sea revocada la sentencia proferida en esta instancia.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegatos de conclusión en esta instancia.

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.

I. 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 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 las AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A., no le brindaron la información necesaria al momento del traslado, pues, omitieron indicar los pros y los contras 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 PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS 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 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 las AFP administradoras del régimen de ahorro con solidaridad PROTECCION

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, 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.**

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, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por los recurrentes.

De otra parte, se evidencia que el 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 ibidem, 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 quedó incorporado al régimen de prima media, por

tanto, es dable concluir que los afiliados pertenecieron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Razón por la cual, se confirmará la sentencia de primera instancia.

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, implele 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 el Juez de Primera Instancia a las demandadas, 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, 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, puesto que, no hubo réplica al recurso de apelación, 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 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 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 23-001-31-05-005-2023-00125-01 Folio 414-23

ACTA N° 155

Montería, siete (7) de diciembre 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 once (11) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **FATIMA DEL ROSARIO MORELO HERNANDEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCION S.A, Y PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones

Pretende la actora que se declare que Porvenir S.A., incumplió el deber de información, y se declare la ineficacia del acto de traslado, en consecuencia, ordenar al fondo Protección S.A, a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de afiliación, los rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, del mismo modo, condenar a Porvenir S.A, a realizar devolución a Colpensiones, de los gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales, garantía de pensión mínima, generados durante el tiempo de afiliación a dicho fondo, por otro lado, ordenar a Colpensiones a recibir los emolumentos antes indicados, 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:

- Inicia contando la actora que laboró desde el 01 de enero de 1996 hasta el 25 de febrero de 2008, en Juriscoop Ltda., cotizando un total de 173.71 semanas para pensiones al Seguro Social, hoy Colpensiones.
- Manifiesta que, el día 01 de agosto del año de 1999 suscribió formulario de traslado a Porvenir S.A, cotizando un total de 111.43 semanas.
- Aduce la actora que, previo traslado no recibió asesoría por parte de la demandada Porvenir S.A., quien incumplió su deber de información.
- Señala que, el día 01 de octubre del año 2001, suscribió formulario de traslado a la sociedad Protección S.A., sin embargo, incumplió su deber de información.
- Finalmente, manifiesta que el día 14 de abril del año 2023, gestionó su traslado ante la administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, quien desató su solicitud de forma negativa.

I.III. CONTESTACIONES

I.III.I PORVENIR.

Al dar contestación a la demanda Protección S.A., indicó oponerse a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y frente al hecho 1º manifestó que es ciertos, los hechos 3º, 4º, 6º, 7º, 10º no son ciertos y los demás no le constan.

Propuso como excepciones de mérito las denominadas "*prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas, excepción genérica.*"

I.III.II COLPENSIONES.

Al contestar la demanda Colpensiones manifestó oponerse a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por carecer de argumentos facticos y jurídicos que le permitan ser procedentes, y frente a los hechos adujo que no le constan.

Propuso las siguientes excepciones "*Inexistencias 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 e innominada o genérica”

I.III.III PROTECCIÓN

Al dar contestación a la demanda Protección S.A., indicó oponerse a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y frente al hecho 1º manifestó que es ciertos, y respecto a los hechos 5º y 10º son ciertos, los hechos 9º, 11º y 12º son falsos y los demás no les constan.

Por último, propuso las excepciones denominadas *“inexistencia de razones para la anulación del acto de traslado de AFP, prescripción, buena fe, compensación y por último innominada o genérica”*

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 11 de septiembre de 2023, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, declaró ineficaz el acto de traslado del RPMD administrado por Colpensiones hacia el RAIS administrado por Porvenir S.A., del mismo modo, dejó sin validez el traslado realizado a Protección, declaró no probada las excepciones propuestas por Colpensiones, en consecuencia de lo anterior, condenó a Protección a devolver y trasladar todos los valores que hubiere recibido y que tenga con motivo de la afiliación de la actora a Colpensiones, igualmente, condenó a Porvenir a devolver a Colpensiones lo percibido por conceptos de gastos de administración y prima de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima, y ordenó a Colpensiones tener a la demandante como su afiliada y darle validez a los aportes pensionales que recibirá de parte de Protección, 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 apoderada judicial de Colpensiones S.A, presentó inconformidad con la decisión de primera instancia, indicando que, su representada no debe asumir las consecuencias de la ineficacia del traslado puesto que la afiliación de la demandante al RAIS a través de porvenir S.A y posteriormente Protección S.A., fue de manera voluntaria y solo debe involucrar a las partes que intervinieron, es decir, su apadrinada fue un tercero ajeno a dicha situación, por tanto, no debe cumplir con lo solicitado por la parte actora.

Del mismo modo, alega que debe ser Protección S.A, quien otorgue los derechos y beneficios a la afiliada, en la forma como le correspondería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Además, señala que a la demandante no le asiste el derecho a solicitar el cambio de régimen pensional, dado que, se encuentran inmersa en la restricción de edad que dispone la norma.

Por último, se opone a la condena en costas, puesto, que su representada durante el transcurso del proceso actuó sin temeridad alguna, bajo el principio de buena fe y tanto el ISS como Colpensiones han sido absolutamente respetuosos en la autonomía de la voluntad privada, por lo tanto, han permitido que sus afiliados migren el RAIS sin haber generado implicaciones o influencias en las decisiones que se adoptaron para efectos del traslado, reiteró, Colpensiones es un tercero de buena fe que no debe verse afectado, motivo por el cual, solicita se revoque la sentencia de primera instancia.

III.II PORVENIR

La apoderada judicial de Porvenir S.A, presentó recurso de apelación en virtud de no encontrarse conforme con la sentencia proferida por el juzgado de primera instancia, teniendo en cuenta la teoría de la restituciones mutuas de la que trata el Código Civil en su artículo 1746 en el entendido en que no se autorizó a PORVENIR S.A, a descontar los valores correspondientes al porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual realizada al Sistema General de Pensiones por concepto de los gastos de administración durante el período en que la afiliada estuvo vinculada a Porvenir S.A, desconociéndose de esa manera las expensas en las que incurrió su representada en procura de incrementar el capital que se encontraba en la cuenta de ahorros de la demandante.

Del mismo modo, indica que, al ordenarse la devolución de la totalidad de estos valores, se configura un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones que es quien recibe unos valores incrementados en un porcentaje de rentabilidad que no se encuentra probado dentro del proceso, la equivalencia

de los rendimientos ofrecidos por esta entidad como para que se haga el derecho de recibirlos. En ese sentido, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se absuelva a su representada de todas las condenas impuestas.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I PORVENIR S.A.

El vocero judicial de Porvenir S.A., hizo uso de esta etapa procesal reiterando lo esbozado en el recurso de alzada, argumentando que no existen vicios del consentimiento, además, aduce que cumplió con sus obligaciones, motivo por el cual se debe revocar la sentencia de primera instancia.

IV.II COLPENSIONES.

La vocera judicial de Colpensiones presentó escrito de alegatos de conclusión reiterando lo expuesto en el recurso de apelación, indicando que, la actora actuó de forma libre y voluntaria al momento de efectuar el traslado, por lo que, Colpensiones no tuvo injerencia alguna en la voluntad de la demandante, por tanto, no debe ser responsable de las condenas impuesta. De conformidad con lo anterior, solicita sean revocadas en su totalidad las condenas impuestas.

IV.III. PARTE DEMANDANTE.

El apoderado de la parte actora hizo uso de esta etapa procesal argumentando que, su representada tomó una decisión sin ningún tipo de información, ayuda o consulta profesional por parte de las administradoras de pensiones, es decir, el traslado se dio de manera desinformada y, por ende, debe ser confirmada la decisión de primera instancia.

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, 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 Colpensiones.

I. 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 demandante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Porvenir S.A., y Protección 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 Porvenir S.A y Protección 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 la misma 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.

De otro lado, ha de advertirse que, si bien es cierto que COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, también lo es que la afiliación al sistema pensional es de carácter obligatorio y no pueden pretender los fondos de pensiones soslayarse de su obligación y dejar a la actora por fuera del sistema, máxime cuando es ella la encargada de la administración del RPM, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dichos traslados, tenga que mediar la voluntad de COLPENSIONES.

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, y Protección S.A., brindaran 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 la vocera 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, 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, SL1689-2019 y SL 2870 de 2021.**

Así mismo, en sentencia más reciente SL 2048-2023, M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero, reiteró que las consecuencias que produce la ineficacia del traslado del afiliado al RAIS consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con anterioridad, es decir, corresponde al fondo privado devolver aportes pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración, valores utilizados en seguros provisionales y garantía de pensión mínima a Colpensiones, postura que ha sido acogida por esta corporación en múltiples sentencias, se dijo:

"En lo atinente a las consecuencias que produce la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que la entidad privada deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima a Colpensiones, tal como se dejó sentado en sentencia CSJ SL2952-2021, en la que se expresó:

Como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), la situación se retrotrae al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás. En esa medida, esta declaración obliga a los Fondos privados de pensiones a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, las comisiones, los gastos de administración y los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL2877-2020).

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la sociedad apelante al solicitar que no se ordenara la devolución de los gastos de administración.

Por otra parte, teniendo en cuenta los efectos de la ineficacia, y en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se modificará la decisión de primer grado en el sentido de condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones que fueron cobradas a la demandante, así como los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, los cuales deberán cancelar en forma debidamente indexada y asumir con cargo a sus propios recursos, en tanto, la ineficacia apareja que el acto de traslado no produjo algún tipo de efecto (CSJ SL2952-2021).

Así mismo, se ordenará a Colpensiones que una vez las sociedades demandadas den cumplimiento a lo anterior, proceda a recibir los conceptos enunciados, a contabilizarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante y activarla en el régimen de prima media, sin solución de continuidad (CSJ SL4061-2021), motivo por el cual también se modificará el numeral tercero de la decisión de primer grado.”

Y, en lo referente a los frutos financieros de que trata el artículo 1746 del Código Civil, el cual consiste en las restituciones mutuas, de ahí que, deba indicarse que los frutos no corresponden al fondo pensional, sino que son rendimientos de la cuenta individual del afiliado. Al particular en la sentencia SL2877-2020 la Sala de Casación Laboral, indicó:

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

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, del mismo modo, corresponde devolución de rendimientos financieros, gastos de administración, frutos e intereses, 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"

Y, en sentencia más reciente SL 2048-2023, M.P Martín Emilio Beltrán Quintero, reiteró el criterio de que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible y puede solicitarse en cualquier momento, señaló:

"Cabe agregar, en cuanto a la excepción de prescripción, que no se declarará probada, ya que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible y por ello puede solicitarse en cualquier tiempo, dado que dicho pedimento ostenta una naturaleza declarativa y tiene una conexión esencial e íntima con el derecho irrenunciable a la seguridad social en materia de pensiones (CSJ SL2611-2020). En ese orden, teniendo en cuenta que la sentencia que declara la ineficacia de un acto de traslado de régimen pensional, en realidad lo que hace es «comprobar o constatar» un estado de cosas, tal acción por esta razón también es imprescriptible."

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

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, 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 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 las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A, 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: CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., fíjense las agencias en derecho en 1 SMLMV.

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 23-001-31-05-003-2022-00261-01 Folio 416-23

ACTA N° 155

Montería, siete (7) de diciembre 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 veintidós (22) de agosto de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **NICOLAS ERNEY TOBON PINO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende el actor que se declare la ineficacia del acto de traslado en pensiones del RPMPD al RAIS, en consecuencia, condenar a Porvenir a trasladar al RPMD los valores recibidos por concepto de afiliación, además, condenar a Colpensiones para que efectúe la validación de los aportes en pensiones, remitidos por Porvenir y a incorporarlos a la historia laboral en pensiones del asegurado, finalmente, condenar en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas

I.II Hechos

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

- Manifiesta el demandante que, fue traslado del RPMPD al RAIS el 01 de septiembre de 2001.
- Alega que, suscribió contrato de traslado al RAIS, sin embargo, el RAIS omitió la obligación del buen consejo al no brindar una información clara y completa de los beneficios, desventajas y consecuencias del traslado.
- Argumenta el actor que, el 19 de septiembre del 2022, solicitó a Porvenir, información sobre el estado de su pensión y aceptación del traslado, sin embargo, dicho fondo respondió de forma negativa.
- Finalmente, aduce que el 21 de septiembre del 2022, solicitó a Colpensiones la aceptación del traslado, quien desató su solicitud de forma negativa.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES

Al contestar la demanda la vocera judicial de Colpensiones manifestó que los hechos 1º y 2º no le constan y los hechos 3º y 4º son ciertos, respecto a las pretensiones indicó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que carecen de argumentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes.

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

I.III.II PORVENIR

Al contestar la demanda, el vocero judicial de Provenir indicó respecto a los hechos 1º, 2º y 3º no son ciertos y el hecho 4º no le consta, además, se opuso a las pretensiones, declaraciones y condenas en la forma que aparecen formuladas en la demanda.

Propuso las excepciones denominadas "*prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y excepción genérica*".

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 22 de agosto de 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, declaró ineficaz el acto de traslado del régimen pensional realizado por el demandante del RPMPD al RAIS, como consecuencia de ello, se entenderá que el actor siempre estuvo vinculado al RPMPD administrado por Colpensiones, declaró no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones, condenó a Porvenir S.A., devolver y/o trasladar los valores que hubiere recibido y que tenga con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos, esto es rendimientos, gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargos a sus recursos, así mismo deberá devolver la información relacionada con la confirmación de su historia laboral a Colpensiones, ordenó a Colpensiones tener al demandante como su afiliado y darle validez a los aportes pensionales que recibirá por parte de Porvenir S.A., finalmente, condenó en costas a Colpensiones y Porvenir S.A.

En síntesis, la jueza de primera instancia determinó que el acto de traslado es ineficaz como quiera que el fondo privado Porvenir S.A, omitió comunicarle al demandante, las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado del régimen de prima media.

Aunado a ello, 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 apoderada judicial de Colpensiones presentó recurso de apelación argumentando no estar conforme con que su representada deba asumir las consecuencias de una ineficacia de traslado, ya que la afiliación del demandante al RAIS fue de manera voluntaria, aunado a ello, señala que al ser un acuerdo de voluntades solo debería involucrar a las partes que intervinieron, máxime cuando su defendida en ningún momento indujo o participó en la decisión libre y voluntaria tomada por el actor.

Adicionalmente, indicó que el demandante se encuentra incurso en la restricción de edad para solicitar el cambio de régimen pensional. De otro lado, indicó que se opone a la condena en costas, por cuanto, su representada actuó sin temeridad alguna bajo el principio de la buena fe, y tanto el ISS como Colpensiones, han sido absolutamente respetuosos en la autonomía de la voluntad privada, por ende, han permitido que sus afiliados migren al RAIS sin haber generado implicaciones o influencias en las decisiones que se adoptaron para efectos del traslado.

En consecuencia de lo anterior, solicita que sea revocada la sentencia de primera instancia.

III.II. PORVENIR.

La apoderada judicial de Porvenir S.A, presentó recurso de apelación sosteniendo que si bien es cierto el efecto de la nulidad es trasladar las cosas al estado inicial y conforme al artículo 1746 del Código Civil, no se ordenó a su representada procediera a descontar de los dineros ordenados a trasladar el 2% correspondiente a la cotización por gastos de administración, ni se condenó al demandante a pagar el costo que corresponde a su representada de mantener un afiliado y generar los rendimientos obtenidos hasta la fecha.

Adicionalmente considera que Colpensiones se enriquece sin justa causa, máxime cuando no ejerció ninguna administración, ningún trabajo durante toda la vigencia de la afiliación del demandante con Porvenir. Aunado a ello, indica que no existe prueba con la que se pueda establecer la existencia o equivalencia de los rendimientos en el RPMPD y el RAIS.

Del mismo modo, presenta inconformidad respecto a la condena en costas, dado que, si bien es cierto se opuso a las pretensiones del demandante, el fundamento para la oposición es la existencia de una prohibición en que se encuentra el actor, la cual hace imposible su traslado, adicionalmente, establece que no estaba en las facultades administrativas de su representada trasladar al demandante toda vez que la administradora receptora del Régimen de Prima Media objetaría su traslado.

Finalmente, adujo que, en el evento de ser confirmada la sentencia por el superior, solicita se conceda el término de 45 días a su poderdante, para efectuar los trámites pertinentes.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I. PARTE DEMANDANTE.

El vocero judicial de la parte demandante hizo uso de esta etapa procesal, solicitando que sea confirmada la decisión proferida en primera instancia, además, solicita se adicione la sentencia en el sentido de condenar en costas y agencias en derecho en esta instancia a los apelantes.

IV.II PORVENIR S.A.

El apoderado judicial de Porvenir S.A., presentó alegatos de conclusión indicando que ninguno de los presupuestos legales, se alegaron, ni se demostraron en el proceso, puesto el formulario de afiliación suscrito por el actor, es un documento público que se presume autentico, aunado a ello, expuso que su representada siempre garantizó la posibilidad de retornar al RPMPD, en consecuencia, solicita sea revocada la sentencia de primera instancia en su integridad, en su lugar, se absuelva a su defendida de todas y cada una de las pretensiones.

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 y Porvenir S.A.

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.

I. 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 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, 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 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.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que las AFP administradoras del régimen de ahorro con solidaridad 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, 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, SL1689-2019, CSJ SL 4063-2021.

Aunado a ello, respecto a los frutos financieros de que trata el art. 1746 del Código Civil, referido a las restituciones mutuas, pues estos frutos no son del fondo, sino que son precisamente rendimientos de los aportes que en su cuenta tiene el afiliado, hemos de tener en cuenta lo que al particular dijo la Corte en la sentencia SL2877-2020, así:

"De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

De conformidad con lo anterior, 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, así como la devolución de los aportes que tiene el demandante en la cuenta de ahorro y sus frutos, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por los recurrentes.

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 las demandadas 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 las mismas por el Juez de Primera Instancia.

Por último, hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A, 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, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS y agencias según la 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 23-001-31-05-001-2023-00110-01 Folio 433-23

ACTA N° 155

Montería, siete (7) de diciembre 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 tres (03) de octubre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **NATIVIDAD BUELVAS OQUENDO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora que se declare la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida administrado por Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A., en consecuencia, se condene a Porvenir a trasladar los aportes de pensión, sus rendimientos y gastos de administración, del mismo modo, ordenar a Colpensiones recibirla como afiliada y finalmente, condenar en costas a las demandadas.

I.II Hechos

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

- Indica la demandante que labora en la Universidad de Córdoba desde el 10 de septiembre de 1993 hasta la fecha.
- Manifiesta que desde que inició a laborar se afilió al Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por Colpensiones.
- Arguye la actora que, al momento de la afiliación al RAIS administrado por Porvenir S.A., la indujeron en error, puesto no le suministraron la información adicional en cuanto al monto pensional y el capital que debía ahorrar para disfrutar de una pensión.
- Alega la demandante que, Porvenir S.A., faltó al deber de brindar una información clara, precisa y concreta de las consecuencias negativas que acarrearía el traslado de régimen pensional.
- Manifiesta que, en fecha 25 de abril de 2023 presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante Colpensiones, sin embargo, está desato su solicitud de forma desfavorable al estar próxima a cumplir su estatus de pensionada.

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 los hechos 1º, 2º, 3º, 11 y 12 indicó que son ciertos y los demás no le constan, frente a las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que carecen de argumentos facticos y jurídicos que le permitan ser procedentes.

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 e innominada o genérica"*.

I.III.II PORVENIR S.A.

Al contestar la demanda Porvenir S.A, manifestó respecto a los hechos 1º, 2º, 3º, 4º, 10, 11 y 12 no le constan y los demás no son ciertos, frente a las pretensiones se opuso a la prosperidad de estas, dado que, cumplió con todas sus obligaciones, respecto al deber de información dispuesto en la norma.

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

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha tres (3) de octubre de 2023, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar no probadas las excepciones por las demandadas, en consecuencia, declaró la ineficacia del acto de traslado efectuado por la demandante, ordenó a Colpensiones proceda a recibir a la actora como afiliada al RPMPD sin solución de continuidad, ordenó a Porvenir S.A., de manera inmediata proceda a realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales (si los hubiere), gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual, 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 PORVENIR S.A:

El apoderado judicial de Porvenir S.A, presenta recurso de apelación contra la decisión de primera instancia argumentando que el Código Civil ha determinado que los vicios de consentimiento son el error, la fuerza y el dolo, además, señala que el RPMPD y el RAIS no son iguales, es decir, los requisitos para acceder a una pensión son diferentes, los factores para estas tienden a variar diferencias que están establecidas por la misma ley, de manera que no se puede equiparar si alguno de los dos regímenes es más beneficioso que el otro.

De otro lado, respecto a los rendimientos financieros indica que las administradoras de fondo de pensiones y cesantías son entidades especializadas y autorizadas legalmente para realizar la función de administrar los ahorros de pensiones para los trabajadores y gestionar el pago de las prestaciones y beneficios que la misma ley les ha otorgado, es decir, los rendimientos se generan gracias a las gestiones realizadas por la AFP, lo que no hubiese sido posible si la actora se encontrara cotizando en el RPMPD. Aunado a ello, manifiesta que la Superintendencia Financiera de Colombia emitió concepto en

fecha 17 de febrero de 2020, en el cual establece que la única suma a retornar por la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de traslado son los aportes y rendimientos, sin que proceda la devolución de prima de seguro provisional, dado que, la compañía de seguro cumplió con su deber contractual, además, afirma que el traslado de estos gastos a Colpensiones se configura un enriquecimiento ilícito a favor de esta demandada ya que no existe norma clara que disponga la devolución deprecada, pues en forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes el artículo 113 del literal (b) de la ley 100 del 1993, menciona cuales son los dineros que deben trasladarse cuando existe cambio de régimen, lo que se evidencia que ese concepto no está destinado a la prestación de la afiliada sino una contraprestación que le queda a la AFP.

Del mismo modo, presenta inconformidad respecto a la condena en costas.

III.II ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

La apoderada judicial de Colpensiones presenta recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, argumentando que, se mantiene en la posición de que el traslado que realizó la demandante al fondo de pensiones y cesantías Porvenir, fue una decisión voluntaria acordada con la empresa Porvenir S.A., en la cual su representada no tomó decisión alguna, ni coaccionó para dicho traslado, del mismo modo, indica que la demandante por la edad no cumple con los requisitos para efectuar el traslado.

En cuanto a las costas se opone a las mismas ya que la condena solo se deriva de la declaratoria de la ineficacia del traslado del régimen de la demandante por lo que no es consecuencia de un mal actuar de su representada, por tanto, solicita se sirva absolver a su defendida de las condenas de hacer y de la condena en costas dentro del proceso.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no hicieron uso de esta etapa procesal.

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 Colpensiones y Porvenir S.A.

I. 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 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.

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 de la actora al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que esta 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.

De otro lado, ha de advertirse que, si bien es cierto que COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, también lo es que la afiliación al sistema pensional es de carácter obligatorio y no pueden pretender los fondos de pensiones soslayarse de su obligación y dejar a la actora por fuera del sistema, máxime cuando es ella la encargada de la administración del RPM, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dichos traslados, tenga que mediar la voluntad de COLPENSIONES.

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.

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.**

Finalmente, respecto a lo manifestado por el apoderado judicial de Porvenir S.A, al alegar que la Superintendencia Financiera de Colombia, emitió concepto indicando 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, adoctrino: [...]

«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, del mismo modo, corresponde devolución de rendimientos financieros, gastos de administración, frutos e intereses, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por los apoderados judiciales de las demandadas.

III. 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 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 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, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, puesto que 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, de conformidad con lo expuesto 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 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 23-001-31-05-003-2022-00303-01 Folio 458-23

ACTA N° 155

Montería, siete (7) de diciembre 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 veintiocho (28) de agosto de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **EDILSA MARÍA PADILLA HERNÁNDEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora se declare la nulidad o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual administrado por Colfondos S.A., en consecuencia, condenar a Colfondos S.A., a devolver los aportes en pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y los bonos pensionales que tenga la demandante, ordenar a Colpensiones proceda a recibirla como afiliada del RPMD, finalmente, condenar en costas a las demandadas.

En el evento de que las anteriores pretensiones no prosperen las pretensiones anteriores, solicita condenar a la demandada COLFONDOS S.A., y COLPENSIONES, a indemnizar el daño emergente y lucro cesante generado y conforme al dictamen pericial del valor en suma de dinero que hubiese correspondido con su estatus de pensionado en el fondo de prima media con prestación definida.

I.II Hechos

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

- Indica la actora que se encuentra afiliada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A, desde el día dos (2) de enero de 2012.
- Relata que realizó la primera cotización al antiguo sistema de reparto originario en 1966 y 1967 con facultades al antiguo ICSS, que después fue llamado Instituto de Seguros Sociales (ISS) y mediante la caja previsoras departamental su mandante estuvo afiliada al ISS.
- Indica que con la eventual liquidación de la Caja de Previsión Social de Córdoba (hoy Colpensiones), no sabía a qué fondo fueron trasladados sus aportes hasta el año 1999.
- Manifiesta que realizó aportes a la Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el día 02 de enero de 2012.
- Indica que pasó del sistema del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por el ISS, hoy Colpensiones y en la fecha dos (2) de enero de 2012 se procedió al traslado al RAIS administrado por Colfondos S.A.
- Expresa que, Colpensiones decidió motivar el rechazo del traslado del régimen, en razón a que no era procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto se encuentra a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.
- Finalmente, señala que los fondos pensionales no la asesoraron, ni le otorgaron la doble asesoría integral y adecuada respecto a sus posibilidades y riesgos que debía asumir en cada sistema pensional como lo ordena la Ley.

I.III CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

I.III.I COLPENSIONES.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto a las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, pues considera que las pretensiones carecen de argumentos

facticos y jurídicos para ser procedentes, también argumenta que la entidad no tuvo injerencia en la voluntad de la demandante al momento de trasladarse, y frente a los hechos 1º, 3º, 8º, 9º, 12º, 14, 15 son ciertos, los hechos 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 25 no son ciertos 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 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 contestar la demanda, el vocero judicial de Colfondos S.A, manifestó no oponerse a las pretensiones de la demanda y frente a los hechos 1º, 2º, 3º, 9º, 10, 11, 13, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24 y no le constan los demás.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 28 de agosto de 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar ineficaz el acto de traslado de régimen pensional realizado por la demandante, como consecuencia de ello, se entenderá que siempre estuvo vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, condenar a Colfondos S.A., devolver y/o trasladar todos los valores que hubiere recibido y que tenga con motivo de la afiliación de la actora a Colpensiones, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración, porcentaje destinado a constituir el fondo de garantías de pensión mínima, prima de seguros previsionales debidamente indexados, condenó a Colpensiones a tener a la actora como afiliada y darle validez a los aportes que recibirá de parte de Colfondos S.A., condenó en costas a Colpensiones y absolvió a Colfondos de las mismas.

En síntesis, la jueza de primera instancia adujo que es deber de las administradoras de pensiones brindar al afiliado asesoría suficiente, veraz y eficaz, pues la decisión del afiliado de trasladarse debe ser libre y voluntaria, del mismo modo, indicó que es responsabilidad de las administradoras de pensiones la carga de probar que brindaron la información requerida. Seguidamente, señaló que Colfondos S.A., indicó que son ciertos los hechos que se endilgan sin

demostrar nada a favor de ella, aunado a ello, de los medios de prueba aportados no puede deducir que durante los momentos previos al traslado le brindaran información suficiente entorno a los aspectos positivos o negativos de ambos regímenes, por tanto, no se puede pregonar una libertad de escogencia.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

La vocera judicial de Colpensiones presenta recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, en todos los puntos que su representada ha sido condenada, argumentando que la afiliación de la demandante al RAIS fue de manera voluntaria y al ser solamente un acuerdo de voluntades involucra solamente a las partes que en ella intervinieron y como se manifestó en los alegatos de conclusión su defendida en ningún momento indujo o participó en la decisión libre y voluntaria tomada por la actora.

Adicional a lo anterior, indica que no se puede desconocer que la actora se encuentra inmersa en la restricción de edad para el traslado del régimen, teniendo en cuenta lo que la norma establece en cuanto a este tema.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas se opone a esta, dado que su defendida ha actuado sin ninguna temeridad en el proceso bajo el principio de buena fe, máxime cuando tanto su representada como el ISS en su tiempo, han sido respetuosos en la autonomía de la voluntad privada, y por tanto, no han permitido que sus afiliados migren al RAIS, sin haber generado implicaciones o influencias en las decisiones que se adoptaron para los efectos del traslado, en consecuencia, solicita sea revocada la sentencia de primera instancia y su representada sea absuelta.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

El vocero judicial de Colpensiones hizo uso de esta etapa procesal argumentando que, su representada no debe asumir las consecuencias de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del acto de traslado, puesto la afiliación del demandante fue de manera libre y voluntaria, al ser un acuerdo de voluntades que solo involucra a las partes que en el intervinieron, además, señala que la demandante se encuentra a menos de 10 años para pensionarse, es decir, se encuentra inmerso en una prohibición legal, y finalmente, indica que se opone a las condena en

costas, puesto actuó bajo el principio de la buena fe, en consecuencia, solicita sea revocada la decisión de primera instancia.

IV.II. PARTE DEMANDANTE.

El apoderado judicial de la parte activa solicita sea confirmada la sentencia de primera instancia, dado que, los fondos pensionales no cumplieron con el deber de suministrar la debida información y doble asesoría.

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.

I. 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 nº 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 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 y de igual forma la administradora de pensiones no refuto tal circunstancia.

Frente al tema de la voluntad de la actora al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que la misma 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.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que la AFP 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 la jueza de primera instancia.

De otro lado, es importante precisar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: 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, SL1689-2019, y SL 2870 de 2021.**

Así mismo, en sentencia más reciente SL 2048-2023, M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero, reiteró que las consecuencias que produce la ineficacia del traslado del

afiliado al RAIS consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con anterioridad, es decir, corresponde al fondo privado devolver aportes pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración, valores utilizados en seguros provisionales y garantía de pensión mínima a Colpensiones, postura que ha sido acogida por esta corporación en múltiples sentencias, se dijo:

"En lo atinente a las consecuencias que produce la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que la entidad privada deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración, los valores utilizados en seguros provisionales y la garantía de pensión mínima a Colpensiones, tal como se dejó sentado en sentencia CSJ SL2952-2021, en la que se expresó:

Como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), la situación se retrotrae al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás. En esa medida, esta declaración obliga a los Fondos privados de pensiones a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, las comisiones, los gastos de administración y los valores utilizados en seguros provisionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL2877-2020).

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la sociedad apelante al solicitar que no se ordenara la devolución de los gastos de administración.

Por otra parte, teniendo en cuenta los efectos de la ineficacia, y en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se modificará la decisión de primer grado en el sentido de condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones que fueron cobradas a la demandante, así como los valores utilizados en seguros provisionales y garantía de pensión mínima, los cuales deberán cancelar en forma debidamente indexada y asumir con cargo a sus propios recursos, en tanto, la ineficacia apareja que el acto de traslado no produjo algún tipo de efecto (CSJ SL2952-2021).

Así mismo, se ordenará a Colpensiones que una vez las sociedades demandadas den cumplimiento a lo anterior, proceda a recibir los conceptos enunciados, a contabilizarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante y activarla en el régimen de prima media, sin solución de continuidad (CSJ SL4061-2021), motivo por el cual también se modificará el numeral tercero de la decisión de primer grado."

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, del mismo modo, corresponde devolución de rendimientos financieros, gastos de administración, frutos e intereses, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por Colpensiones.

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, implele 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"

Y, en sentencia más reciente SL 2048-2023, M.P Martín Emilio Beltrán Quintero, reiteró el criterio de que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible y puede solicitarse en cualquier momento, señaló:

"Cabe agregar, en cuanto a la excepción de prescripción, que no se declarará probada, ya que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible y por ello puede solicitarse en cualquier tiempo, dado que dicho pedimento ostenta una naturaleza declarativa y tiene una conexión esencial e íntima con el derecho irrenunciable a la seguridad social en materia de pensiones (CSJ SL2611-2020). En ese orden, teniendo en cuenta que la sentencia que declara la ineficacia de un acto de traslado de régimen pensional, en realidad lo que hace es «comprobar o constatar» un estado de cosas, tal acción por esta razón también es imprescriptible."

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

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, 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 si hay lugar a la condena en costas impuestas por la jueza de Primera Instancia.

V.III. COSTAS

Por último, hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a la demandada Colpensiones, puesto hubo réplica al recurso de alzada, 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 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.

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 23-001-31-05-001-2022-00284-01 Folio 468-23

ACTA N° 155

Montería, siete (7) de diciembre 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 diez (10) de octubre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **TRUADY JOSE MORALES RUIZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**, representadas legalmente.

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende él actor que se declare la nulidad o ineficacia del acto de traslado del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Colfondos S.A, en consecuencia disponga que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de ocurrir dicho traslado como si ello no hubiese ocurrido, es decir, se mantiene la afiliación al RPMPD, ordenar a Colfondos S.A., devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros, gastos de administración y bonos pensionales que tenga con destino a Colpensiones, del mismo modo, ordenar a Colpensiones aceptar como afiliado al demandante, recibiendo sus aportes efectuados en los fondos y rendimientos financieros.

Aunado a ello, en el evento de que las anteriores pretensiones no sean estimadas, ordenar a Colfondos S.A., y Colpensiones, procedan de forma proporcional a indemnizar el daño emergente y lucro cesante generado, finalmente, condenar a las 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 parte demandante que nació el 20 de abril de 1960 y actualmente tiene 63 años, y no cuenta con reconocimiento pensional.
- Seguidamente manifiesta haber estado afiliado a la Caja de Previsión Social de Córdoba, hoy Colpensiones desde el día 29 de agosto del año 1980.
- Arguye que el día 01 de septiembre de 1995, su empleador le efectuó afiliación al fondo de pensiones Colfondos S.A, contando con 774 semanas cotizadas en el RPMPD.
- Afirma que, al momento de cambiar de fondo, no le brindaron información acerca de los pros y los contras de cada régimen pensional, ni le otorgaron la doble asesoría.
- Igualmente, precisa que realizó solicitud de traslado de régimen ante Colpensiones, sin embargo, dicha entidad le contestó de forma negativa, bajo el argumento que la edad actual del solicitante es impedimento para ello.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES.

Al contestar la demanda, Colpensiones a través de su vocero judicial manifestó que los hechos 1°, 3°, 5°, 6°,7°,9°, 11 y 13 son ciertos y sostuvo que los hechos No 2°, 8°, 17, 18 y 20 no son ciertos, y los demás no le constan, frente a las pretensiones adujo oponerse a todas las pretensiones solicitadas.

Propuso como excepciones, las denominadas: *"Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de diez 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 e innominada o genérica"*.

I.III.II COLFONDOS S.A.

Al contestar la demanda, el vocero judicial de Colfondos S.A, manifestó que los hechos 4º, 10º, 13, 18, 19 y 20 no le constan y los demás los tuvo como ciertos, frente a las pretensiones solamente se opuso a la pretensión 5º. Finalmente, se abstuvo de proponer excepciones de fondo.

II. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

Mediante sentencia de fecha 10 de octubre de 2023, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, declaró ineficaz el acto de traslado del RPMPD administrado por Colpensiones hacia el RAIS administrado por Colfondos S.A, ordenó a Colpensiones proceda a recibir al demandante como afiliado al RPMPD, ordenó a Colfondos S.A, que de manera inmediata proceda a realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual del demandante, debidamente indexados con destino a las arcas del RPMPD, declaró no probadas las excepciones invocadas por Colpensiones, y 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, por tanto, declaró la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES.

La apoderada judicial de Colpensiones presentó recurso de apelación argumentando que se opone a cada una de las condenas impuestas contra su representada, dado que quedó debidamente probado que su representada nunca tuvo una injerencia directa con la voluntad del actor al momento de hacer el traslado al RAIS, además, el demandante se encuentra a menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez.

Adicionalmente, adujo que el actor nunca estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones, por lo que, considera que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva frente a su defendida, y manifiesta que quedó claramente demostrado que fue una decisión libre y espontánea por parte del mandante, en

la cual nunca fue participe su representada, por lo que, solicita se sirva absolver de las condenas impuestas a Colpensiones.

III.II COLFONDOS S.A.

La apoderada judicial de Colfondos S.A, presentó recurso de apelación solamente respecto a la condena en costas, argumentando que al realizar una lectura textual del artículo 365 del CGP, establece que en los procesos y las actuaciones posteriores aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetara las reglas dispuestas, entonces se observa que por definición, el artículo mismo se refiere a los procesos en los que existe controversia y en este caso, sostiene que su representada no ha ejercido controversia en ningún sentido, puesto, básicamente se realizó un allanamiento en el que se acogió a lo que resultara probado en todo el proceso e incluso al momento de establecer las pruebas se manifestó que solo era para dar claridad al proceso, sin embargo, no existe oposición por parte de Colfondos S.A.

Además, señaló que en el numeral 1º del artículo reseñado sería el aplicable al presente asunto, puesto, dispone que se condenara en costas a la parte vencida, y en el caso objeto no estudio Colfondos no resulto vencido, si bien fue condenado, sin embargo, como no existió oposición no puede asimilar la condena a un vencimiento.

Por último, indicó que no comparte lo manifestado por el despacho en cuanto a que existe una oposición solo por haber manifestado que a su representada no le correspondía tener una condena en costas, pero vemos que en ningún momento se está oponiendo, por tanto, solicita al Honorable Tribunal que se acoja a la posición dominante en este caso, puesto que, en varios procesos de esta misma naturaleza ha sido revocada la condena en costas.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I COLFONDOS S.A.

El vocero judicial de Colfondos S.A., hizo uso de esta etapa procesal argumentando que la información suministrada por su representada y el alcance de la asesoría que debió brindarse al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario, no es jurídicamente válido imponer a las administradora obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, además, señala que su defendida cumplió con el deber de

información y jamás existió omisión en la información. Por tanto, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda y se absuelva a su representada.

IV.II. COLPENSIONES.

El apoderado judicial de Colpensiones presentó escrito de alegatos de conclusión argumentando que, el afiliado no se encuentra afiliado a Colpensiones por lo que no tendría ningún tipo de obligación pensional, aunado a ello, indicó que el traslado se efectuó de forma libre y voluntaria y sin coacción, además, el actor se encuentra inmerso en una prohibición al faltarle menos de 10 años para cumplir el requisito de edad exigido para pensionarse, por tanto, se debe desestimar la pretensión.

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 Colfondos S.A.

I. 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 Colfondos S.A, no le brindó la información necesaria al momento del traslado, pues, omitió indicar los pros y los contras 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 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.

De otro lado, ha de advertirse que, si bien es cierto que COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, también lo es que la afiliación al sistema pensional es de carácter obligatorio y no pueden pretender los fondos de pensiones soslayarse de su obligación y dejar al actor por fuera del sistema, máxime cuando es ella la encargada de la administración del RPM, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dichos traslados, tenga que mediar la voluntad de COLPENSIONES.

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 Colfondos S.A., brindara 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, es importante precisar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: 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, SL1689-2019, y SL 2870 de 2021.**

Así mismo, en sentencia más reciente SL 2048-2023, M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero, reiteró que las consecuencias que produce la ineficacia del traslado del afiliado al RAIS consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con anterioridad, es decir, corresponde al fondo privado devolver aportes pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración, valores utilizados en seguros provisionales y garantía de pensión mínima a Colpensiones, postura que ha sido acogida por esta corporación en múltiples sentencias, se dijo:

"En lo atinente a las consecuencias que produce la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que la entidad privada deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración, los valores utilizados en seguros provisionales y la garantía de pensión mínima a Colpensiones, tal como se dejó sentado en sentencia CSJ SL2952-2021, en la que se expresó:

Como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), la situación se retrotrae al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás. En esa medida, esta declaración obliga a los Fondos privados de pensiones a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, las comisiones, los gastos de administración y los valores utilizados en seguros provisionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL2877-2020).

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la sociedad apelante al solicitar que no se ordenara la devolución de los gastos de administración.

Por otra parte, teniendo en cuenta los efectos de la ineficacia, y en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se modificará la decisión de primer grado en el sentido de condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones que fueron cobradas a la demandante, así como los valores utilizados en seguros provisionales y garantía de pensión mínima, los cuales deberán cancelar en forma debidamente indexada y asumir con cargo a sus propios recursos, en tanto, la ineficacia apareja que el acto de traslado no produjo algún tipo de efecto (CSJ SL2952-2021).

Así mismo, se ordenará a Colpensiones que una vez las sociedades demandadas den cumplimiento a lo anterior, proceda a recibir los conceptos enunciados, a contabilizarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante y activarla en el régimen de prima media, sin solución de continuidad (CSJ SL4061-2021), motivo por el cual también se modificará el numeral tercero de la decisión de primer grado."

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, del mismo modo, corresponde devolución de rendimientos financieros, gastos de administración, frutos e intereses, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por Colpensiones.

De otra parte, se evidencia que él 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 ibidem, 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 quedó incorporado al régimen de prima media, por tanto, es dable concluir que los afiliados pertenecieron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Razón por la cual, se confirmará la sentencia de primera instancia.

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 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"

Y, en sentencia más reciente SL 2048-2023, M.P Martín Emilio Beltrán Quintero, reiteró el criterio de que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible y puede solicitarse en cualquier momento, señaló:

"Cabe agregar, en cuanto a la excepción de prescripción, que no se declarará probada, ya que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible y por ello puede solicitarse en cualquier tiempo, dado que dicho pedimento ostenta una naturaleza declarativa y tiene una conexión esencial e íntima con el derecho irrenunciable a la seguridad social en materia de pensiones (CSJ SL2611-2020). En ese orden, teniendo en cuenta que la sentencia que declara la ineficacia de un acto de traslado de régimen pensional, en realidad lo que hace es «comprobar o constatar» un estado de cosas, tal acción por esta razón también es imprescriptible."

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

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 Colfondos 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."

Ahora bien, frente a lo alegado por la apoderada judicial de Colfondos S.A, observa la Sala que la AFP no se opuso a las pretensiones a la demanda, e incluso, en cuanto a los hechos de ese libelo que se referían a ella, manifestó ser cierto los mismos. Ahora, ante la oposición y renuencia de COLPENSIONES de aceptar la ineficacia del traslado de la parte actora, nada podía hacer aquel fondo privado para evitar el litigio, en consecuencia, estima la Sala que el curso del presente proceso, y, por ende, las costas a favor de la parte actora, no es achacable a COLFONDOS S.A, porque, a pesar que fue el ente que desconoció la libertad informada de la parte demandante, como se dijo, asumió una actitud procesal coadyuvadora de la demanda que, si no fuera por la renuencia de COLPENSIONES, este proceso no hubiese tenido lugar.

Bajo las anteriores circunstancias, la Sala encuentra que, por razones de equidad, la cual en materia de costas aparece implícita en los numerales 5º y 8º del artículo 365 del CGP, es dable liberar a COLFONDOS de la condena en costas, motivo por el cual se revocará la sentencia recurrida en ese sentido.

VI. COSTAS EN ESTA INSTANCIA

Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a la demandada Colpensiones, al no existir réplica al recurso de alzada, y respecto a

Colfondos S.A., tampoco hay lugar a imponer condena, dado que, prosperó el recurso de apelación, por ende, se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

VII. 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,

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral **QUINTO** de la sentencia apelada y consultada de origen y fecha reseñado en el preámbulo de esta providencia, y en su lugar, absolver a la demanda Colfondos S.A, de la condena en costas impuesta en primera instancia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: 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 23-001-31-05-002-2023-00011-01 Folio 481-23

ACTA N° 155

Montería, siete (7) de diciembre 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 diecinueve (19) de octubre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **VILMA YULIETH TAMAYO ESPITIA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCION S.A.**, Y **PORVENIR S.A.**, representada legalmente.

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora que se declare la ineficacia del traslado del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Protección S.A, en consecuencia se disponga que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes, esto es, se mantenga la afiliación del demandante al RPMPD, además, solicita condenar a Protección S.A, proceda a devolver a Porvenir S.A, los gastos de administración durante el término que estuvo afiliado el demandante a esa administradora, y quede autorizado PORVENIR S.A., a solicitarle a PROTECCIÓN el reintegro de esos dineros, condenar a PORVENIR S.A., proceda a devolver los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración, y bonos pensionales que tenga la demandante en su cuenta de ahorro individual, del mismo modo, condenar a Colpensiones a recibir todos los conceptos trasladados por Porvenir S.A., y finalmente, condenar a las 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:

- Manifiesta la demandante que nació el día 20 de julio de 1966, es decir, a la fecha de presentación de la demanda cuenta con 57 años.
- Seguidamente indica que el día 07 de enero de 1993 se afilió al régimen de reparto que corresponde al antiguo Instituto de Seguros Sociales (ISS)
- Arguye que posteriormente se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por el fondo de pensiones y cesantías SANTANDER hoy Protección S.A, desde el día 01 de octubre del año 2000 hasta el día 18 de julio de 2003.
- Manifiesta que a partir del 18 de julio de 2003 se trasladó del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección S.A., a la AFP Porvenir S.A., además, indica que desde dicha calenda se mantiene afiliada en dicho fondo.
- Alega la actora que, en fecha dos (2) de noviembre de 2022, Colpensiones le dio respuesta negativa a su solicitud de traslado, por cuanto, se encuentra a menos de 10 años del requisito de tiempo para pensionarse.
- Expresa la demandante que, al momento de efectuar el traslado al RAIS no recibió la doble asesoría, ni la información de la diferencia de regímenes y mucho menos los beneficios que conllevan estos.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I Protección S.A.

Al contestar la demanda el vocero judicial de Protección S.A, indicó frente a los hechos 1º, 4º, 5º, 6º y 7º son ciertos, los hechos 12, 13, 14 son falsos y los demás no le constan, de otro lado, manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que se encuentran frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

Finalmente, propuso las excepciones denominadas "Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena Fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica".

I.III.II. Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones.

Al contestar la demanda la vocera judicial de Colpensiones sostuvo que no son ciertos los hechos 1º y 3º, los hechos 2º, 7º, 8º, 9º y 11 son ciertos y los demás no le constan, aunado a ello, manifestó oponerse a las pretensiones de la demanda, dado que, el traslado efectuado por la actora se ajustó a derecho y se llevó a cabo de conformidad con las disposiciones reglamentarias aplicables al caso.

Finalmente, propuso como excepciones *"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, excepción de buena fe, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, excepción de prescripción, innominada o genérica"*

I.III.III Porvenir S.A.

Al dar contestación a la demanda el apoderado de la demandada Porvenir S.A., señaló que el hecho 10º es cierto, los hechos 4º, 7º, 8º, 9º, 13 y 14 no son ciertos y los demás no le constan, frente a las pretensiones se opuso a todas y cada una de ellas.

Por último, formuló las excepciones denominadas; *"Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas, excepción genérica"*.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 19 de octubre de 2023, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, en consecuencia, declaró la ineficacia del acto de traslado del RPMPD al RAIS administrado por Protección S.A, y Porvenir S.A, por tanto, ordenó a Porvenir S.A, proceda a trasladar al RPMPD administrado por Colpensiones los aportes a pensiones efectuados por el demandante, rendimientos financieros, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, igualmente, condenó a Protección S.A, a trasladar a Colpensiones los descuentos que hizo por cuotas de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, así como los destinados al fondo de garantías de pensión mínima debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos correspondiente al período en que la

demandante estuvo afiliada en el RAIS en el fondo de Protección, y ordenó a Colpensiones a recibir y tener a la demandante como su afiliada al RPMPD y recibir los conceptos ordenados previamente en los numerales 4° y 5°, finalmente, condenó a las demandadas en costas.

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 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

La apoderada judicial de Colpensiones presenta recurso de apelación argumentando que se equivoca la jueza de primera instancia en considerar como prospera la ineficacia del traslado de la demandante, ya que dicha solicitud de traslado fue un acto tan solo que involucra a las partes y bajo ningún motivo, ni punto de vista puede afectar positiva o negativamente a su representada, razón por la que nunca fue parte del mismo y como consecuencia de eventual nulidad o declaración de ineficacia tendría efecto solo para los fondos de pensiones privados, recalcando que su representada nunca tuvo injerencia en el acuerdo realizado entre la demandante y Porvenir S.A., por lo que, solicita se sirvan revocar el fallo de primera instancia en lo que respecta a su defendida, tanto la condena de hacer, como la de costas, ya que su representada nunca incumplió alguno de sus deberes.

III.II PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de Porvenir S.A, presenta recurso de apelación a efectos de que el Tribunal revoque la decisión, indicando que se separan a las consideraciones adoptas en primera instancia en lo que respecta a la devolución de rendimientos y cuotas de administración, teniendo en cuenta que la Corte y el juzgado han perdido de vista que las administradoras del fondo de pensiones y cesantías son entidades especializadas y autorizadas legalmente para realizar la función de administrar los ahorros para pensiones de los trabajadores y gestionar al pago de las prestaciones y beneficios que la ley establece, dicho lo anterior, la rentabilidad generada a la cuenta de ahorro individual se da a la buena ejecución de las funciones de la administradora en cabeza de la AFP, y es gracias a la gestión de la administradora de la cuenta de ahorro individual que se incrementa en determinado porcentaje, lo que no hubiese sido posible si el afiliado siempre hubiese estado cotizando en el RPMPD.

Igualmente, señala que la Superintendencia Financiera de Colombia en el concepto del 17 de enero del 2020 indicó en forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad y la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener cobertura durante la vigencia de la póliza y comisión de administración. Aunado a ello, afirma que el traslado de estos dineros a Colpensiones configurarían un enriquecimiento ilícito a favor de esta demandada ya que no existe norma clara que disponga la devolución deprecada, pues en forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes el artículo 113 del literal b) de la ley 100 de 1993, menciona cuales son los dineros que deben trasladarse cuando existe cambio de régimen, de lo cual se evidencia que no están destinados a financiar la prestación de la afiliada, y por ende, no pertenecen al afiliado sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que se adelantó por incrementar el capital existente a la cuenta individual del afiliado.

Con respecto a la condena en costas indica que es claro que Porvenir S.A., cumplió con los deberes que se encontraban en cabeza de ella por disposición normativa y jurisprudencialmente, además, aduce que jamás existió omisión de información, como tampoco indebida asesoría, pues siendo la parte actora una persona legalmente capaz, se entiende que puede escuchar los argumentos manifestados por los asesores de esta AFP para determinar si le convenia o no tomar la decisión de trasladarse de fondo, por lo que se entiende que Porvenir S.A., actuó bajo el principio de buena fe y acorde a derecho, por lo que, no existiría lugar a condena en costas.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I PORVENIR S.A.

El apoderado judicial de Porvenir S.A., hizo uso de esta etapa procesal argumentando que, en el caso objeto de estudio no se configura ningún vicio del consentimiento, máxime cuando el formulario de afiliación suscrito por la actora es un documento público que se presume auténtico, en consecuencia, solicita sea revocada en su integridad la sentencia de primera instancia y en su lugar, se absuelva a su representada de todas y cada una de las condenas.

IV.II PARTE DEMANDANTE.

El vocero judicial de la parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión dentro de la oportunidad procesal correspondientes, indicando que los fondos demandados no le suministraron la debida información y doble asesoría a la demandante, es decir, no fue informada sobre beneficios, riesgos,

pro y contras de pertenecer a uno u otro régimen pensional, por tanto, solicita sea confirmada la sentencia de primera instancia.

IV.III. COLPENSIONES.

Por su parte, la vocera judicial de Colpensiones, hizo uso de esta etapa procesal, argumentando que, la actora actuó libremente en el traslado de régimen realizado, por tanto, quedó acreditado que su representada no tuvo injerencia alguna en la voluntad de la demandante, por tanto, solicita que sea revocada la sentencia de primera instancia.

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.

I. 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 nº 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 Protección S.A., no le brindaron 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 Porvenir S.A., y Protección 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 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.

De otro lado, ha de advertirse que, si bien es cierto que COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, también lo es que la afiliación al sistema pensional es de carácter obligatorio y no pueden pretender los fondos de pensiones soslayarse de su obligación y dejar a la actora por fuera del sistema, máxime cuando es ella la encargada de la administración del RPM, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dichos traslados, tenga que mediar la voluntad de COLPENSIONES.

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, y Protección S.A., brindaran 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, es importante precisar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: 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, SL1689-2019, y SL 2870 de 2021.**

Así mismo, en sentencia más reciente SL 2048-2023, M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero, reiteró que las consecuencias que produce la ineficacia del traslado del afiliado al RAIS consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con anterioridad, es decir, corresponde al fondo privado devolver aportes pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración, valores utilizados en seguros provisionales y garantía de pensión mínima a Colpensiones, postura que ha sido acogida por esta corporación en múltiples sentencias, se dijo:

"En lo atinente a las consecuencias que produce la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que la entidad privada deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración, los valores utilizados en seguros provisionales y la garantía de pensión mínima a Colpensiones, tal como se dejó sentado en sentencia CSJ SL2952-2021, en la que se expresó:

Como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), la situación se retrotrae al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás. En esa medida, esta declaración obliga a los Fondos privados de pensiones a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, las comisiones, los gastos de administración y los valores utilizados en seguros provisionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL2877-2020).

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la sociedad apelante al solicitar que no se ordenara la devolución de los gastos de administración.

Por otra parte, teniendo en cuenta los efectos de la ineficacia, y en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se modificará la decisión de primer grado en el sentido de condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones que fueron cobradas a la demandante, así como los valores utilizados en seguros provisionales y garantía de pensión mínima, los cuales deberán cancelar en forma debidamente indexada y asumir con cargo a sus propios recursos, en tanto, la ineficacia apareja que el acto de traslado no produjo algún tipo de efecto (CSJ SL2952-2021).

Así mismo, se ordenará a Colpensiones que una vez las sociedades demandadas den cumplimiento a lo anterior, proceda a recibir los conceptos enunciados, a contabilizarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante y activarla en el régimen de prima media, sin solución de continuidad (CSJ SL4061-2021), motivo por el cual también se modificará el numeral tercero de la decisión de primer grado."

Y, si bien la apoderada judicial de Porvenir S.A, al alegar que la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto de fecha 17 de enero del año 2020, 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. Aunado a ello, en lo referente a los frutos financieros de que trata el artículo 1746 del Código Civil, el cual consiste en las restituciones mutuas, de ahí que, deba indicarse que los frutos no corresponden al fondo pensional, sino que son rendimientos de la cuenta individual del afiliado.

Sobre el particular en la sentencia SL2877-2020 la Sala de Casación Laboral, indicó:

"De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

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, del mismo modo, corresponde devolución de rendimientos financieros, gastos de administración, frutos e intereses, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por las partes.

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"

Y, en sentencia más reciente SL 2048-2023, M.P Martín Emilio Beltrán Quintero, reiteró el criterio de que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible y puede solicitarse en cualquier momento, señaló:

"Cabe agregar, en cuanto a la excepción de prescripción, que no se declarará probada, ya que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible y por ello puede solicitarse en cualquier tiempo, dado que dicho pedimento ostenta una naturaleza declarativa y tiene una conexión esencial e íntima con el derecho irrenunciable a la seguridad social en materia de pensiones (CSJ SL2611-2020). En ese orden, teniendo en cuenta que la sentencia que declara la ineficacia de un acto de traslado de régimen pensional, en realidad lo que hace es «comprobar o constatar» un estado de cosas, tal acción por esta razón también es imprescriptible."

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

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 las demandadas 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 la Jueza de Primera Instancia.

VI. COSTAS EN ESTA INSTANCIA

Por último, hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A, 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.

VII. 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,

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de este proveído, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., fíjense las agencias en derecho en 1 SMLMV.

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