

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado ponente

EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 003 2021 00207 01 Folio 239/2023
Aprobado por Acta No. 88

Montería, dieciocho (18) de agosto del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PORVENIR S.A, en igual sentido, el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 12 de mayo de 2023, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **MARIELA PASTRANA GONZALEZ** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. La señora MARIELA PASTRANA GONZALEZ, instauró demanda en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., a fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, ante la omisión al deber de información.

En consecuencia, se declare que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que nunca existió solución de continuidad en la afiliación.

De igual forma, solicita que se ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., la devolución a COLPENSIONES de todos los valores de su cuenta individual que hubiera recibido el fondo, las cotizaciones, los bonos pensionales si fuere el caso, además de los rendimientos e intereses durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de la administradora PORVENIR S.A., en atención a que la afiliación a COLFONDOS S.A. fue ineficaz y en consecuencia la realizada a dicho fondo.

En el mismo sentido, pide que se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, reactivar su afiliación considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada al RPMPD y recibir los aportes y rendimientos devueltos por la AFP PORVENIR S.A. y actualizar y corregir la historia laboral de la actora.

Por último, deprecia condena ultra y extra petita en virtud de las facultades que le confiere la ley al juez laboral y que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

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

- Manifiesta que nació el 8 de septiembre de 1968, que se afilió al Régimen de Prima Media administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, desde marzo de 1991 hasta octubre de 1995, cotizando un total de 236,42 semanas en esta entidad.
- Expone que en febrero de 1996, suscribió un formulario de afiliación con el fondo de pensiones COLFONDOS, donde estuvo hasta abril de 1997, cotizando un total de 58,14 semanas. Sin embargo, señala que, no recibió ninguna asesoría de este nuevo régimen.
- Esgrime que la AFP COLFONDOS, no le informó en forma clara, concisa y veraz, en qué consistía el cambio de régimen, las ventajas y desventajas de cada régimen pensional. Que no le explicaron las consecuencias respecto del cambio de régimen, puesto que el asesor de COLFONDOS, solo se encargó de recibir una firma del formulario de afiliación.
- Arguye que estuvo afiliada al RAIS, porque desconocía las desventajas de este régimen, puesto que nunca le fueron advertidas las connotaciones para su expectativa pensional con el cambio de régimen.
- Dice que cuando cambió de empleador en el año 1997, fue trasladada nuevamente de AFP a PORVENIR S.A., donde hasta la fecha cotizó 1,087 semanas.
- Comenta que el 21 de julio de 2021, solicitó por la página de peticiones del fondo privado demandado COLFONDOS, que la devolviera al RPMPD y, el 22 de julio este negó la solicitud.
- Igualmente, informa que le solicitó el 15 de junio de 2021 a la AFP PORVENIR S.A., que se devuelvan los dineros aportados más sus rendimientos a COLPENSIONES.

- Por último, señala que el 28 de julio del mismo año, solicitó a COLPENSIONES, reactivar su afiliación, en atención a la petición de nulidad del traslado a la AFP COLFONDOS, sin obtener respuesta favorable sobre ello, bajo el argumento de que le faltaban menos de diez años para pensionarse.

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

Por auto de 06 de octubre de 2021, se admitió la demanda y notificada en legal forma, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – **COLPENSIONES**, contestó, indicando que algunos hechos son ciertos, otros no le constan y el tercero no es cierto; se opuso a la totalidad de las pretensiones por carecer de argumentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes.

Presentó como excepciones de fondo las que denominó “*INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS POR FALTARLE MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR CON EL REQUISITO DE LA EDAD PARA ACCEDER A LA PENSION 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 LA INNOMINADA O GENERICA*”.

Por su parte **PORVENIR S.A.**, contestó manifestando frente a los hechos que algunos no son ciertos y otros no le constan; y se opuso a la totalidad de las pretensiones.

Presentó como excepciones perentorias las que designó “*PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; COMPENSACIÓN Y EXCEPCIÓN GENÉRICA*”.

Por su parte **COLFONDOS S.A.**, contestó, manifestando frente a los hechos que algunos son ciertos y otros no le constan, no se opuso a las pretensiones, razón por la cual no presentó excepciones.

III. FALLO APELADO Y CONSULTADO

En sentencia proferida el 12 de mayo de 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, declaró la ineficacia del traslado realizado el 01 de febrero de 1996, por la señora MARIELA PASTRANA GONZALEZ del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS a través de COLFONDOS S.A., así como el traslado entre dicha AFP a PORVENIR S.A., entendiéndose como consecuencia de ello que la señora PASTRANA GONZALEZ siempre estuvo vinculada al RPMPD, que ahora administra COLPENSIONES.

En consecuencia, resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR.

En ese sentido, condenó a COLFONDOS S.A. a devolver y/o trasladar a COLPENSIONES lo percibido por concepto de gastos de administración y primas seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que mantuvo la administración de los aportes pensionales de la demandante MARIELA PASTRANA.

Así también, condenó a PORVENIR S.A., a devolver y/o trasladar todos los valores que hubiere recibido y que tenga con motivo de la afiliación de la actora a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -, tales como: cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración, porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; asimismo, deberá devolver información relacionada con la conformación de su historia laboral a COLPENSIONES.

De igual manera, ordenó a COLPENSIONES tener a la señora MARIELA PASTRANA GONZALEZ, como su afiliada y darle validez a los aportes pensionales que recibirá de parte de PORVENIR S.A., con los rendimientos financieros generados y bono pensional si los hubiere, que deberá darle la validez necesaria para que esta logre beneficiarse de las prestaciones pensionales que se originen en dicho régimen pensional. Se le autorice para que reclame tales aportes ante PORVENIR S.A y las sumas ordenas a COLFONDOS S.A.

Finalmente, condenó en costas a las administradoras COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y, absolvió por este concepto a la AFP COLFONDOS S.A.

En sustento de su decisión la *A quo*, en lo concerniente al principio de libre de escogencia pensional, manifestó que de acuerdo con el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran, en concordancia con el inc. 2 del artículo 11 del decreto 692 de 1994.

Ahora bien, en cuanto a la ineficacia del acto traslado del RPMPD al RAIS por la falta al deber de información que la AFP demandada debía suministrar a la demandante, señaló que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2008, ha mantenido una postura uniforme, quieta y pacífica cuando los fondos de pensiones omiten cumplir con su obligación de proporcionar una información completa al afiliado al momento de optar por el RAIS y dejar el RPMPD al cual venían afiliados.

Por lo anterior, la juzgadora de primer nivel trae a colación lo razonado por este Tribunal Superior de Montería, en providencia de 09 de febrero del 2023, proferida dentro del proceso ordinario laboral con radicado 23001310500520220017101, folio 435-22.

De igual forma, citó la sentencia SL4322 de 2022 con M.P. Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz, en donde se rememoró la obligación del deber de información de los fondos

catalogándolos en etapa acumulativa, normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información y contenido mínimo y alcance del deber de información.

Asimismo, trajo a colación la sentencia CSJ SL4964 de 2018, en la que la Corte expone que sobre la administradora de pensiones es quien recae la carga de la prueba, de demostrar que efectivamente brindó la información suficiente, correspondiente a la realidad y a las pautas para que se adopte una decisión completamente libre en las voces del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Así las cosas, dice que no se encontró demostrado que el fondo documentó a quien se trasladó de régimen pensional, por lo que deviene la ineficacia del traslado, pues conforme a la ley, la afiliación a un régimen debe ser libre y voluntaria.

Así también, esgrimió que sobre el tema la Sala de Casación Laboral, en reiterados pronunciamientos ha sostenido que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social no se limita a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional habrá de estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea.

En cuanto al análisis del caso en concreto, manifestó que está acreditado que la demandante estuvo vinculada en el RPM desde el año 1995 en el ISS, hoy COLPENSIONES, se trasladó en ese mismo año al RAIS a través de COLFONDOS S.A. y posteriormente a PORVENIR S.A., fondo en el que permanece inscrita. Además de lo aceptado en la réplica al escrito inicial por parte de ella, pidió a COLPENSIONES el traslado de régimen, sin obtener respuesta favorable.

Advierte que en estos casos la carga de la prueba se invierte, según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, indicando que las administradoras deben garantizar que aquel sea producto de una decisión informada, autónoma y consciente en la cual el potencial usuario se ha enterado sobre las reglas y condiciones de los esquemas y, conozca no solo los beneficios, sino también los riesgos y desventajas lo cual permite estimada la validez del cambio, ya que invertir la carga probatoria contra la parte débil de la relación contractual sería un despropósito, como lo ha reiterado la Corte en sentencia SL31314 del 2008 y muchas más.

En este sentido, esgrime que la demandada COLFONDOS S.A. se allana a la demanda, indicado ser ciertos los hechos que se endilgan sin demostrar nada a favor de ella y sin que tampoco de los medios de prueba existentes en el plenario pueda deducirse que en los momentos previos al traslado se le diera a la demandante información suficiente en torno a los aspectos a favor y en contra de ambos regímenes.

Por lo que, la *A Quo* de lo dicho señala que no puede pregonarse una libertad de escogencia cuando el fondo al cual se trasladó inicialmente la actora, el cual es COLFONDOS S.A. y luego PORVENIR S.A., incumplieron con su obligación de suministrar la debida asesoría a la demandante, tal como lo indicó la Corte, recayendo en su cabeza el deber de demostrar el supuesto de hecho de sus

afirmaciones como lo contempla el artículo 167 del CGP, aplicable al procedimiento laboral conforme al artículo 145 de dicho estatuto procesal.

En consecuencia, procedió a declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante, reseñando las consecuencias como lo tiene establecido el alto Tribunal, esto es, devolver cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, vale decir, rendimientos que se hubieran causado e incluso gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía mínima debidamente indexados y con cargos a su propios recursos.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, señaló que como la declaración de ineficacia del traslado no está sometida a término extintivo alguno, los derechos que emanan de ella tienen idéntica connotación, esto por cuanto conforme al artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un derecho subjetivo de carácter irrenunciable, lo que significa que no puede ser parcial o totalmente objeto de división o disposición por su titular (inalienable e indisponible), como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo (imprescriptible), o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable), por lo que, declara no probada dicha excepción.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación alegando que no está conforme con que la entidad tenga que asumir las consecuencias jurídicas deprecadas, teniendo en cuenta que la afiliación de la demandante fue de manera voluntaria al ser un acuerdo de voluntades que solo involucra a las partes que en él intervinieron, evidenciándose que COLPENSIONES fue ajena a esa circunstancia, y que en ningún momento indujo o participó en la decisión libre y voluntaria tomada por la actora.

Reitera que a la demandante no le asiste derecho a solicitar el cambio de régimen, por cuanto también se encuentra inmersa en la restricción de edad.

En cuanto a las costas indica que se opone a las mismas puesto que COLPENSIONES durante el transcurso del proceso actuó sin temeridad alguna bajo el principio de la buena fe.

De igual manera, la apoderada judicial de **PORVENIR S.A.**, presentó alzada, manifestando que la afiliación de la demandante que realizó PORVENIR S.A., no adolece de ningún vicio y que de haber existido éste, se encuentra saneado por el paso del tiempo. Que en ese sentido, resulta inverosímil que después de 27 años de haberse efectuado el traslado de régimen, la demandante pretenda regresar ahora a COLPENSIONES, prohibido por la ley vigente.

Indica que el Código Civil, ha determinado que los vicios del consentimiento son el error, la fuerza y el dolo, que en este caso aduce la demandante que se le ha inducido en error, empero los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los dos regímenes son diferentes y son diferenciaciones que están establecidas por la misma ley, de manera que no se pueden equiparar cuál de los dos regímenes es más beneficioso que el otro, por lo que reitera que la aseveración de falta de información por parte de la demandante, no es conducente para probar los hechos referidos en desarrollo del principio de seguridad jurídica del ordenamiento civil colombiano, el cual adoptó el ordenamiento jurídico del derecho romano, según el cual la ignorancia del derecho no sirve como excusa, tal como se encuentra el artículo 9 del C.C y el artículo 1509.

Frente a los rendimientos y cuotas de administración indica que estos se deben a la buena ejecución de la función de administración en cabeza de la aseguradora del fondo de pensiones, es decir, que gracias a la gestión de la administradora de la cuenta de ahorro individual, se ha incrementado su capital en determinado porcentaje, lo que no hubiese sido posible si la afiliada estuviera cotizando el RPMPD.

Manifiesta que la Superintendencia Financiera, ha indicado de forma expresa que en los eventos en que proceda la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar serían los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguro previsional, en consideración a que la empresa aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración, pues ordenar la devolución de estos gastos a COLPENSIONES constituiría un enriquecimiento ilícito en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución.

Frente a la condena en costas, alega que PORVENIR S.A cumplió los deberes que se encuentran en cabeza de ella por disposición normativa y jurisprudencial y jamás existió omisión de la información como tampoco indebida asesoría.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las demandadas Colpensiones y PORVENIR S.A., alegaron de de conclusión reiterando lo expuesto en sus recursos de alzada y solicitando se revoque la sentencia de primera instancia.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, no se observa causal de nulidad que dé al traste con lo hasta ahora actuado, por lo que es del caso resolver la apelación y la consulta de la sentencia enantes reseñada.

2. Problema jurídico a resolver

Incumbe a la Sala dilucidar: **i)** Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida; de ser así. **ii)** Determinar las consecuencias de esa ineficacia **iii)** la prescripción y; **iv)** la condena en costas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

I) Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida.

Principíese por advertir que como fundamento legal para esclarecer este punto, se tiene la ley 100 de 1993, que implementó el Sistema General de Pensiones, el cual desde sus inicios 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).**

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, estas 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 libremente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral, en fallo de 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

"...Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta la actora 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 de la actora 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 la demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña..." (Se destaca).

De igual manera, la misma Colegiatura, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencias STL 59356-2020 y SL1689-2019, esta última con Radicado N° 65791, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde se dijo:

"En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, PORVENIR S.A. no logró demostrar –como le correspondía- que suministró al demandante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó una exhaustiva capacitación a sus asesores a fin de garantizar una orientación profesional a sus afiliados, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación visible a folio 128, pues conforme su dicho, la imposición de la firma de Zúñiga Pino «deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a PORVENIR S.A. de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea."

Descendiendo al *sub lite*, otea la Sala de su historia laboral que la demandante estuvo afiliada al RPMPD, desde el 26 de septiembre de 1995 y que el 01 de febrero de 1996, se encontraba afiliada al RAIS mediante COLFONDOS S.A. y posteriormente, se trasladó de AFP el 01 de julio de 1997, afiliándose a PORVENIR S.A., prueba que denota que efectivamente se trasladó del RPMPD al RAIS.

En consecuencia, la demandante manifestó que al momento de efectuar el traslado COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A., nunca le brindaron información acerca de las desventajas que le acarrearía afiliarse a ese régimen pensional y no al RPMPD; tampoco le advirtieron que para lograr pensionarse en dicho régimen, debía acumular un capital suficiente para cubrir la prestación de vejez; ni le aclararon que en el RAIS no figura la aplicación de semanas cotizadas para el logro de la pensión, como si lo es en el RPMPD.

Acorde a lo anterior, es claro que las Administradoras de Pensiones estaban en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindaron una información completa a la potencial afiliada, es decir, aquella en donde se le indicara, no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente Litis no fue acreditado que las AFP hayan cumplido con su deber de información en los términos reseñados.

No obstante, la demandada COLFONDOS S.A. en la contestación de la demanda expresamente dio por ciertos los hechos de que a la demandante no se le brindó información completa y veraz sobre las consecuencias que acarrearía su traslado del

RPM al RAIS, por lo que, de esta forma, claramente quedó evidenciado que la AFP demandada incumplió con el deber de información a la actora.

Asimismo, la entidad demandada PORVENIR S.A., no acreditó prueba alguna que demostrara el cumplimiento al deber de información, quedando claro para esta Corporación el incumplimiento a dicho deber por parte de la AFP PORVENIR S.A.

En ese orden de cosas, al no existir prueba que nos lleve a colegir que las administradoras del RAIS, le haya brindado la información completa y veraz al efectuar el aludido traslado, nos conduce ineludiblemente a declarar su ineficacia, tal como lo dispuso la sentenciadora inicial y como lo ha sentado la jurisprudencia de estos órganos de cierre al interpretar los artículos 4, 5, y 13, lit. b) de la Ley 100/93, razón por la cual, de antaño a los fondos administradores de pensiones y cesantías les corresponde cumplir con la obligación de informar bien al potencial usuario o afiliado de las ventajas y desventajas que le acarrearía la vinculación a su fondo.

Frente al tema de la voluntad y determinación de la actora para trasladarse, cabe resaltar que la misma no desconoce haberlo realizado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa ante a las consecuencias que podría traer ese traslado, bien positivas o negativas, pues la suscripción de un formato de vinculación, que, incluso contiene un acápite denominado "*voluntad de selección y afiliación*", no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado, asimismo, haciendo uso del argumento antes planteado sobre que la actora no recibió una información veraz, completa y precisa, tampoco se le puede imponer que debía hacer uso de la voluntad de retracto enmarcada en el decreto 1161 de 1994.

De otra latitud, debe advertirse que si bien es cierto COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, también lo es que la afiliación al sistema pensional es de carácter obligatoria 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 RPMPD. Tampoco es de recibo que para la ineficacia de dichos traslados, tenga que mediar la voluntad de COLPENSIONES.

II) Consecuencias de la ineficacia del traslado

Frente a este tema, según la jurisprudencia son: **i)** declaración de que él o afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD; **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.**

En tal discurrir, encuentra la Sala justificación en la jurisprudencia para ordenar también la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, incluso, sin aplicársele la prescripción alegada, pues, se itera, esta es una de las consecuencias de la nulidad de traslado de régimen y de que se tenga como si nunca hubiese existido dicho traslado, debiéndose relieves que el precedente citado resulta de obligatorio cumplimiento, pues propende por la salvaguardia de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, así como contribuir a la garantía de la seguridad jurídica.

Ahora bien, en lo concerniente 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.

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."

En cuanto a los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia **SL4398-2021**, discurrió:

"(...) trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, que deberán ser indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, en la medida en que la declaratoria de ineficacia conlleva que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido".

Y, en lo que respecta a la generalidad de las consecuencias arriba anotadas, en la sentencia **SL2484-2022**, ese mismo órgano de cierre, expresó:

"Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del accionante y bonos pensionales que recibió junto con sus rendimientos. Asimismo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al

régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4063-2021)”.

Conforme a lo anterior, se tiene que todas las consecuencias fueron impuestas en la sentencia de primera instancia, por lo que no habrá lugar a modificaciones en tal sentido.

III) Prescripción

En cuanto a la aplicabilidad de la excepción de prescripción en los procesos de ineficacia de traslado de régimen, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL 361-2019**, donde doctrinó:

“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 posteriormente explicó:

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

De la anterior cita jurisprudencial, se colige que es imprescriptible la oportunidad para solicitar la ineficacia del traslado de régimen por tratarse de una controversia de índole pensional, asociada estrechamente al derecho en comento, por ende, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, sin que pueda incidir el momento en que los actores se pudieren haber enterado de la falta de información.

Cabe precisar que en cuanto a limitación que trae la norma para traslados de regímenes, cuando al afiliado le faltaren menos de 10 años para adquirir la edad, esta no aplica por ser precisamente esa la consecuencia de la omisión de información, esto es, la ineficacia del traslado y que todo quede en el estado en que estaba como si nunca hubiera existido el traslado al RAIS.

Expuesto lo precedente, es viable, como lo señaló la *A quo*, declarar la ineficacia del traslado al RAIS, que en otrora realizó la actora.

IV) Condena en costas

La apoderada judicial de COLPENSIONES, solicita que no se le condene en costas por no tener injerencia en la decisión del acto de traslado de la actora, no obstante, esa entidad contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones e interponiendo

excepciones, así pues, conforme al artículo 365 numeral 1º la decisión de condena en costas frente a COLPENSIONES se mantiene incólume, en igual sentido, para PORVENIR S.A., toda vez mostró una defensa férrea en el proceso en comento.

V. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 12 de mayo de 2023, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral, radicado bajo el No. **23 001 31 05 003 2021 00207 01**, Folio **239-23**, promovido por **MARIELA PASTRANA GONZALEZ** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado
(DE PERMISO)



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado ponente

EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 002 2022 00291 01 Folio 247/2023
Aprobado por Acta No. 88

Montería, dieciocho (18) de agosto del año dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala en aplicación de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A, en igual sentido, el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 26 de mayo de 2023, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **LESVIA ISABEL RUIZ MARQUEZ** contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A**

I. ANTECEDENTES

La señora LESVIA ISABEL RUIZ MARQUEZ, instauró demanda en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, con la finalidad de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el 18 de septiembre de 2002, ante la omisión del deber de información.

En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes en pensión, sus rendimientos y gastos de administración que reposan en su cuenta de ahorro individual.

De la misma manera, ordenar a COLPENSIONES a recibirla como afiliada, recibiendo los aportes sufragados en porvenir, con sus respectivos rendimientos y gastos de administración.

Por último, indexación de las condenas, se condene en costas y agencias en derecho a las partes demandadas, igualmente, se falle ultra y extra petita.

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

- Manifiesta la actora que labora en el ICBF desde febrero de 1988 hasta la fecha y que ocupa el cargo de profesional especializado, devengando un salario de \$3.957.944.
- Indica que desde que empezó a laborar se afilió y cotizó en el RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES.
- Dice que al momento de la afiliación al RAIS administrado por PORVENIR S.A., la indujeron en error, pues no le suministraron información adicional en cuanto al monto pensional y el capital que debía ahorrar para disfrutar de una pensión.
- Arguye que PORVENIR S.A., no solo ocultó información respecto al capital que debía ahorrar para una pensión de vejez, sino que también omitió el deber del buen consejo del fondo al que le convenía afiliarse.
- Reitera que PORVENIR S.A., no le brindó una información clara, precisa y concreta de las negativas que acarreaba el traslado del régimen pensional.
- Menciona que al realizar el traslado al RAIS, se desmejoró ostensiblemente su derecho pensional.
- Explica que con las cotizaciones realizadas durante su tiempo de servicio ya hubiera superado considerablemente el mínimo de semanas requeridas para gozar de la tasa máxima de remplazo en el RPMPD.
- Agregó que presentó solicitud de traslado ante Colpensiones el día 01 de julio de 2022, la cual fue desatada en forma negativa.
- Por último, informa que está próxima a cumplir su estatus de pensionada, pues en la actualidad cuenta con 62 años de edad y más de 34 años de servicio.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, **PORVENIR S.A.**, contestó indicando frente a los hechos que algunos no le constan y otros no son ciertos; y se opuso a la totalidad de las pretensiones.

Presentó como excepciones de fondo las que denomino *PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCION DE LA ACCION DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, Y BUENA FE.*

Por otro lado, **COLPENSIONES**, contestó, indicando frente a los hechos que uno es cierto y otros no le constan; y se opuso a la totalidad de las pretensiones.

Presentó como excepciones de fondo las que denominó *INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS POR FATARLE MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR CON EL REQUISITO DE LA EDAD PARA ACCEDER A LA PENSION 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; AUSENCIA DE NEXO CAUSAL POR NO EXISTIR CONEXIDAD ENTRE EL ACTO DE TRASLADO Y LA CONDUCTA DE COLPENSIONES; BUENA FE; PRESCRIPCION; Y LA INNOMINADA O GENERICA.*

II. FALLO APELADO Y CONSULTADO

En sentencia proferida el 26 de mayo de 2023, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES Y PORVENIR.

Así mismo, declaró la ineficacia del traslado realizado por la señora LESVIA ISABEL RUIZ MARQUEZ del RPMPD al RAIS administrado por PORVENIR S.A. el 28 de febrero del 2000, el cual se hizo efectivo el 01 de abril del 2000.

Igualmente, condenó a PORVENIR S.A, a trasladar a COLPENSIONES los aportes de pensiones efectuados por la demandante en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración, bonos pensionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

De igual manera, condenó a COLPENSIONES a tener a la demandante como su afiliada y recibir los conceptos que fueron ordenados en el numeral anterior.

Finalmente, condenó en costas a Colpensiones y Porvenir por la suma de 1 SMLMV para cada una de ellas a favor de la demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **PORVENIR S.A.**, se fue en alzada, alegando estar demostrado en el plenario que a la demandante se le brindó información previa a la suscripción del formulario que fue debidamente aportado y que cumplía con los requisitos legales para la fecha, que lo surgido posteriormente no se aplica retroactivamente, razón por la cual, no se le puede exigir aportar documentos adicionales al formulario, tales como proyecciones pensionales de lo que se duele la parte actora, los cuales en su momento no se realizaban por orden legal y en caso de haberse realizado hubieren diferido de cualquier información que se le hubiese dado en su momento, toda vez que hace más de 20 años se vinculó al RAIS y se desconoce las circunstancias propias de ella en la actualidad.

Así mismo, indicó que quedó demostrado en el interrogatorio que el único motivo de la actora para solicitar su traslado no es la falta u omisión del deber de

información, sino la búsqueda de los requisitos propios del RPMPM, es decir, el carácter económico de acuerdo a las presuntas diferencias que obtendría en uno u otro régimen y esas no son razones para declarar una ineficacia del traslado y ordenar la devolución de los aportes.

Seguidamente solicitó, que en caso de mantenerse la ineficacia dispuesta en el numeral 2 del fallo, se revoque parcialmente el numeral tercero respecto a la orden de devolver bonos pensionales, los cuales no se han redimido; las primas de los seguros previsionales los cuales se contrataron mes a mes y cumplieron su objetivo o finalidad legal y no están en cabeza de Porvenir, además, estas fueron descontadas de acuerdo al art. 20 de la ley 100 de 1993.

Así mismo, las comisiones y gastos de administración, los cuales se usaron para hacer rendir los aportes de la parte demandante, lo que no fue tenido en cuenta al momento de dictar la sentencia, toda vez que se aportó la documental que prueba los rendimientos financieros que se han generado en la cuenta y más del 50% de los aportes de la actora son precisamente rendimientos, fruto de esos aportes, que de mantenerse la ficción jurídica como si la demandante nunca se hubiese traslado de régimen, Colpensiones en la actualidad también hubiere hecho esos mismos descuentos y no hubieren generado ningún tipo de rentabilidad, por el contrario, se hubiesen descontado los gastos de administración y las primas de seguros previsionales y estaríamos devolviendo unos dineros a una entidad que nunca trabajó o generó ningún tipo de rendimiento de dichos aportes y sumado a ello la indexación que es la actualización de los dineros, lo cual va en contravía de la devolución de esos rendimientos financieros, sin que en Colpensiones hubiese tenido la rentabilidad o el valor actual que se estaría devolviendo.

Respecto a la condena en costas, adujo que la actora se encuentra en una prohibición legal para trasladarse de manera administrativa, que los fondos demandados tanto públicos como privados no pueden realizar dicho traslado por que la ley no se los permite y solamente es previo a un fallo judicial debidamente ejecutoriado, razón por la cual considera se debe absolver en costas procesales, toda vez que la actuación desplegada por su representada se ha apegado a la ley en cuanto a la no aceptación o allanamiento a las pretensiones de la parte demandante.

De igual manera, la apoderada judicial de **COLPENSIONES**, hizo uso del remedio vertical, argumentando no estar conforme con tener que asumir las consecuencias de ineficacia del traslado deprecadas, teniendo en cuenta que la afiliación de la demandante al RAIS, fue de manera voluntaria y al ser un acuerdo de voluntades solo involucra a las partes que intervinieron, y su defendida en ningún momento indujo o participó en la decisión libre y voluntaria tomada por la actora.

Esgrime que debe ser la administradora de pensiones receptora del RAIS, la que soporte las consecuencias de la ineficacia del acto o contrato de traslado y asumir el pago de las prestaciones que genere la declaratoria de nulidad, es decir, debería

condenarse al fondo del RAIS a otorgar los derechos y beneficios al afiliado en la forma como le correspondería en el RPM.

Reiteró que a la demandante no le asiste derecho en solicitar el cambio de régimen por cuanto se encuentra inmersa en la restricción de edad, que además el interés de este proceso no es otro que la expedida en cifras, hecho que no constituye un vicio o causal para declarar la ineficacia del contrato suscrito entre las partes que dio lugar al traslado del régimen.

En cuanto a la condena en costa se opuso, dado que la entidad en el transcurso del proceso actuó sin temeridad alguna bajo el principio de buena fe siendo un tercero ajeno que no participó en el negocio jurídico.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las demandadas Colpensiones y PORVENIR S.A., alegaron de de conclusión reiterando lo expuesto en sus recursos de alzada y solicitando se revoque la sentencia de primera instancia.

La parte demandante alegó de conclusión abogando por la confirmación del fallo apelado y consultado.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a este Colegiado resolver de fondo la segunda instancia, es decir, el recurso de apelación incoado por los apoderados judiciales de las demandadas, en igual sentido, el grado jurisdiccional de consulta.

2. Problema jurídico a resolver

Incumbe a la Sala dilucidar: **i)** Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida; de ser así. **ii)** Determinar las consecuencias de esa ineficacia, **iii)** la prescripción y, **iv)** la condena en costas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

I) Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida.

Principíese por advertir que como fundamento legal para esclarecer este punto, se tiene la ley 100 de 1993, que implementó el Sistema General de Pensiones, el cual desde sus inicios 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**).

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, estas 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 libremente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte, en fallo de 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

"...Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta la actora 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 de la actora 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 la demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña...". (Se destaca).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencias STL 59356-2020 y SL1689-2019, esta última con Radicado N° 65791, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde se dijo:

"En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, PORVENIR S.A. no logró demostrar –como le correspondía– que suministró al demandante una información de tales características, porque, aun

cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó una exhaustiva capacitación a sus asesores a fin de garantizar una orientación profesional a sus afiliados, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación visible a folio 128, pues conforme su dicho, la imposición de la firma de Zúñiga Pino «deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a PORVENIR S.A. de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.»

Descendiendo al *sub lite*, otea la Sala de las pruebas aportadas dentro del plenario que la demandante estuvo afiliada al RPMPD desde el 17 de mayo de 1983, efectuando algunas cotizaciones, y que para el 01 de abril del año 2000, la demandante se encontraba afiliada al RAIS, prueba que denota que efectivamente se trasladó del RPMPD al RAIS.

La entidad demandada PORVENIR S.A., no acreditó prueba alguna que acreditara el cumplimiento al deber de información, puesto que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información; por otro lado, acerca del comunicado de prensa aportado por la entidad demandada, se debe decir que en este no se evidencia el deber de información según lo dicho por la CSJ en reiteradas jurisprudencias, pues no se logra observar las características de ambos regímenes pensionales, ni muchos menos una proyección pensional de acuerdo a las condiciones de la actora, así tampoco se advierte como lo indicó la *A quo* que esa información haya llegado a manos de la demandante.

Así pues, es claro que la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa a la potencial afiliada, es decir, 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.

En ese orden de cosas, al no existir prueba que nos lleve a colegir que la administradora del RAIS, le haya brindado la información completa y veraz al efectuar el aludido traslado, nos conduce ineludiblemente a declarar su ineficacia, tal como lo dispuso la sentenciadora de primer grado y como lo ha sentado la jurisprudencia de los órganos de cierre al interpretar los artículos 4, 5, y 13, lit. b) de la Ley 100/93, razón por la cual, de antaño a los fondos administradores de pensiones y cesantías les corresponde cumplir con la obligación de informar bien al potencial usuario o afiliado de las ventajas y desventajas que le acarrearía la vinculación a su fondo.

Frente al tema de la voluntad y determinación de la actora para trasladarse, cabe resaltar que la misma no desconoce haberlo realizado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa ante las consecuencias que podría traer ese traslado, bien positivas o negativas, pues la suscripción de un formato de vinculación, que, incluso contiene un acápite denominado "*voluntad de selección y afiliación*", no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado, asimismo, haciendo uso del argumento antes planteado sobre que la actora no recibió una

información veraz, completa y precisa, tampoco se le puede imponer que debía hacer uso de la voluntad de retracto enmarcada en el decreto 1161 de 1994.

De otra latitud, debe advertirse que si bien es cierto COLPENSIONES, no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, también lo es que la afiliación al sistema pensional es de carácter obligatoria 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 RPMPD. Tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dichos traslados, tenga que mediar la voluntad de COLPENSIONES.

II) Consecuencias de la ineficacia del traslado

Frente a este tema, según la jurisprudencia son: **i)** declaración de que él o afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD; **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.**

En tal discurrir, encuentra la Sala justificación en la jurisprudencia para ordenar también la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, incluso, sin aplicársele la prescripción alegada, pues, se itera, esta es una de las consecuencias de la nulidad de traslado de régimen y de que se tenga como si nunca hubiese existido dicho traslado, debiéndose relieves que el precedente citado resulta de obligatorio cumplimiento, pues propende por la salvaguardia de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, así como contribuir a la garantía de la seguridad jurídica.

Ahora bien, en lo concerniente 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.

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."

En cuanto a los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia **SL4398-2021** discurrió:

"(...) trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, que deberán ser indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, en la medida en que la declaratoria de ineficacia conlleva que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido".

Y, en lo que respecta a la generalidad de las consecuencias arriba anotadas, en la sentencia **SL2484-2022**, ese mismo órgano de cierre expresó:

"Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del accionante y bonos pensionales que recibió junto con sus rendimientos. Asimismo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4063-2021)".

Conforme a lo anterior, se tiene que todas las consecuencias fueron impuestas en la sentencia de primera instancia, por lo que no habrá lugar a modificaciones en tal sentido.

III) Prescripción

En cuanto a la aplicabilidad de la excepción de prescripción en los procesos de ineficacia de traslado de régimen, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 361-2019, así:

"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 posteriormente explicó:

"Así las cosas, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con

los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

De la anterior cita jurisprudencial, se colige que es imprescriptible la oportunidad para solicitar la ineficacia del traslado de régimen por tratarse de una controversia de índole pensional, asociada estrechamente al derecho en comento, por ende, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, sin que pueda incidir el momento en que los actores se pudieren haber enterado de la falta de información.

Cabe precisar que, en cuanto a limitación que trae la norma para traslados de regímenes cuando al afiliado le faltaren menos de 10 años para adquirir la edad, esta no aplica por ser precisamente esa la consecuencia de la omisión de información, esto es, la ineficacia del traslado y que todo quede en el estado en que estaba como si nunca hubiera existido el traslado al RAIS.

Expuesto lo precedente, es viable, como lo señaló la *A quo*, declarar la ineficacia del traslado al RAIS, que en otrora realizó la actora.

IV) Condena en costas

la apoderada judicial de **COLPENSIONES**, solicita que no se le condene en costas por no tener injerencia en la decisión del acto de traslado del actor, no obstante, la Administradora Colombiana de Pensiones contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones e interponiendo excepciones, así pues, conforme al artículo 365 numeral 1º la decisión de condena en costas frente a COLPENSIONES se mantiene incólume, en igual sentido, para **PORVENIR S.A.**, toda vez mostró una defensa férrea en el proceso en comento.

VI. DECISION

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

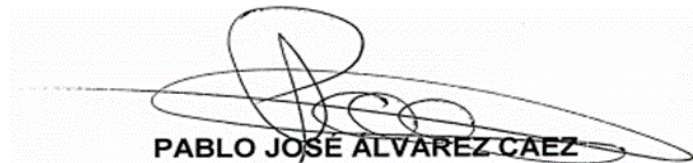
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 26 de mayo de 2023, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral, radicado bajo el No. **23 001 31 05 002 2022 00291 01**, Folio **247-23**, promovido por **LESVIA ISABEL RUIZ MARQUEZ** contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en 1 SMLMV.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado
(DE PERMISO)



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado