

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**

Radicado N°. 23-001-31-05-001-2019-00171-01 FOLIO 65

(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)

MONTERÍA, VEINTISÉIS (26) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por los sujetos procesales, por conducto de apoderado judicial, contra la sentencia pronunciada en audiencia del 09 de diciembre de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSE CARLOS ALEMAN PEREZ y JOSE LUIS ACOSTA VILLERA contra SOPROAS. S.A.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte demandante se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido suscrito con la parte accionada, el cual terminó de forma unilateral e injustificada; se declare constituye factor salarial las bonificaciones que percibieron, en consecuencia, se condene al accionado a la reliquidación de primas de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y aportes a seguridad social en pensión teniendo en cuenta el salario real devengado, además del pago de la sanción moratoria, costas y agencias en derecho.

2.2. Fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos que se resumen así:

Indican los demandantes existió un contrato de trabajo a término indefinido suscrito con SOPROAS S.A.; con el señor JOSE LUIS ACOSTA VILLERA la relación laboral se dio a partir del 01 de septiembre de 2010 hasta el 30 de enero de 2018, y con JOSE CARLOS ALEMAN PEREZ desde el 01 de marzo de 2011 hasta el 20 de abril de 2018, vínculos laborales que se dieron por terminados de forma unilateral y sin mediar justa causa.

- Que en razón a la terminación unilateral del vínculo laboral que unió a la accionada con JOSE LUIS ACOSTA VILLERA, el empleador le cancelò una indemnización.
- Que en la clàusula novena de los contratos de trabajo se consignaron los beneficios o auxilios habituales u ocasionales que no constituyen salario, entre ellos se encuentran las bonificaciones, que se entienden otorgados por mera liberalidad del empleador y no tienen efectos prestacionales. No obstante, los accionantes no convinieron por vía contractual ni convencional el otorgamiento de dichos auxilios o beneficios, así como tampoco firmaron ningún documento, ni les fue informado sobre la finalidad de dichos conceptos.
- Que los pagos recibidos, diferentes al salario, por concepto de bonos mensuales sucesivos, no cumplían con la finalidad de auxiliarlos puesto que realmente la finalidad era de carácter remuneratorio por los servicios que prestaban a favor de la demandada.
- Que dicho pago por concepto de bonos no fue tenido en cuenta por la empresa accionada como factor salarial para liquidar sus prestaciones sociales, pese a que percibieron durante toda la relación laboral los mencionados bonos, consistente en un pago de \$240.000.00 pesos mensuales consignados en su cuenta de nómina.
- Que el pago de sus salarios se hacía de forma quincenal, mientras que el pago de los bonos lo realizaban los días 25 y 28 de cada mes, bonos que tenían la finalidad de remunerar al extrabajador por los servicios prestados a favor de la parte demandada.
- Que la liquidación de los aportes parafiscales tales como ICBF, SENA y CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR, se realizó por todo el tiempo laborado por un monto inferior al salario real que percibieron.
- Que la suma de \$240.000.00, denominados por el empleador bonos de servicios, eran destinados para todas y cada una de sus necesidades, junto con el salario, puesto que dicho valor ingresaba a su cuenta bancaria de forma constante y permanente, sin embargo, no hicieron parte en ningún momento del salario base de liquidación.
- Que el cargo que desempeñaron como conductores de vehículos de servicio público, lo realizaron en la ciudad de Montería y en los demás municipios anexos y circunvecinos y no necesitaban para cumplir con sus funciones movilizarse para ningún lugar, por lo tanto no generaba costo adicional en transporte para que le realizaran consignaciones por bonos de servicios, razón por la cual se da el presupuesto para que dicho bono sea salario, por cuanto ingresan directamente a sus patrimonios

y remuneran el servicio que prestan de carácter constante

- Que conforme a lo anterior, se les debe reliquidar y pagar sus prestaciones sociales que les adeudan por concepto de primas de servicios, cesantías, intereses sobre cesantías y vacaciones durante el extremo temporal en que se desarrolló la relación laboral con cada uno de los accionantes.

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma a la parte accionada SOPROAS S.A., en su contestación de demanda propuso las excepciones de Cobro de lo no debido, prescripción e inexistencia de las obligaciones reclamadas, argumentando que el concepto cancelado a los demandantes obedece auxilios de transporte y alimentación para no desmejorar sus salarios, auxilios otorgados por mera liberalidad.

Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, y, en la última, se profirió la;

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, el Juzgado declaró que los demandantes celebraron un contrato a término indefinido con SOPROAS S.A.S., como consecuencia de lo anterior declaró que el pago denominado auxilio o bonificación tiene connotación salarial, y por ende se debe tener en cuenta para todos los derechos prestacionales, por lo tanto condenò a la demandada a pagar por concepto de reliquidación de primas de servicios, cesantías, intereses sobre cesantías, vacaciones, reajuste de aportes a seguridad social, y en el caso de JOSE LUIS ACOSTA VILLERA, además condenò al pago de indemnización por despido sin justa causa.

Consideró que el representante legal reconoció que el auxilio que percibían los demandantes era de forma mensual, el cual era pagado electrónicamente; que conforme a las pruebas adosadas que militan en el expediente se constatan pagos de esos auxilios y acorde con los artículos 127 y 128 del CST, concluyó que las sumas recibidas por los demandantes tenían como objeto la contraprestación o retribución del trabajo, aludiendo a que la parte accionada no demostró que la finalidad de ese auxilio o bonificación estaba dirigido al transporte y alimentación. Aunado a ello, concluyó que los acuerdos de exclusión salarial no pueden servir de excusa para vulnerar los derechos irrenunciables del trabajador, por tanto, el auxilio o bonificación tiene connotación salarial y era procedente la reliquidación de las prestaciones sociales y el reajuste de aportes en pensión.

En lo tocante a la sanción moratoria, el A-Quo manifestó que no existe mala fe por parte del empleador en el acervo probatorio, no obstante haberse decidido sobre la connotación salarial de

dicho auxilio o bono, indicó no puede desconocerse que la parte accionada en su oportunidad creyó que estaba haciendo bien y que actuó en virtud del artículo 128 del C.S. del T..

IV RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de los demandantes

Manifiestan su desacuerdo en lo referente a la negación de la sanción moratoria, puesto que la empresa demandada no liquidó adecuadamente los emolumentos prestacionales; precisan, si bien no está probada la mala fe, tampoco se puede determinar que el empleador actuó de buena fe, pues al entrar las sumas de dinero mensualmente a sus cuentas de nóminas, debieron tener en cuenta el factor salarial para incluirlo en la liquidación.

4.2. Apelación de la demandada

Sustenta su inconformidad en cuanto a la valoración del testigo de la parte accionada, a su sentir quedó claro en esa declaración que lo percibido fue parte de transporte e inducciones sobre normas de tránsito, pues cada inducción se realizaba por etapa, aunado a que en la firma del contrato se le manifiesta la finalidad del pago de dicho auxilio.

Precisó que el artículo 128 CST no exige la solemnidad de que sean presentados los acuerdos por escrito, sin embargo destaca que dentro del interrogatorio absuelto por el señor Alemán aceptó haber pactado esos auxilios por escrito, lo que, a su sentir, evidencia una confesión por parte del actor. Refiere el auxilio que percibieron los actores era pagado con el fin de que asistieran puntualmente a la empresa, dado que muchas veces tenían que estar a las 03:00 am en el lugar de trabajo y siendo las 10:00 pm aún estaban trabajando, y dado que viven lejos, muchas veces se quedaban almorzando en la empresa y se les pagaba esa alimentación, por tanto no se puede determinar si ese auxilio lo destinaban los accionantes para otras cosas.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las parte accionante presentó alegatos de conclusión, reiterando el desacuerdo con respecto a la declaratoria de la excepción de buena fe para negar el pago de la indemnización moratoria, argumentando con citas jurisprudenciales que en el caso de las reliquidaciones prestacionales por la exclusión de un factor salarial, trae como consecuencia un pago deficitario que acredita la intención de una empresa de restarle incidencia salarial a un pago que por su esencia tiene esa connotación, situación que tiene reviste de fraude a la ley con el ánimo de disimular su verdadera naturaleza salarial y liquidar sobre ella las prestaciones sociales, que luego son entregadas al trabajador con otras denominaciones, constituyen un actuar de mala fe. Sostienen además que si a la terminación de la relación laboral, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, se hace acreedor de la indemnización prevista en el art. 65 CST.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico a resolver, teniendo en cuenta que acorde con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S. la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, corresponde a la Sala dilucidar conforme al recurso interpuesto por la parte accionada: **(i)** si el auxilio o bono percibido por los accionantes constituye un factor salarial y en consecuencia se tornaba procedente la reliquidación de prestaciones sociales y diversas acreencias laborales; y acorde con la inconformidad de la parte demandante **(ii)** la procedencia de la indemnización moratoria contemplada en el art. 65 del CST.

6.3. Iniciemos por precisar que el artículo 127 del C.S. del T define como salario *“no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.*

A contrario sensu, el artículo 128 ibídem precisa los pagos que recibe el trabajador que no constituyen salario: *“las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.*

Sobre el tema ha precisado la Sala de Casación Laboral en sentencia SL-986 del 24 de febrero de 2021, Radicación N° 70473, M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, lo siguiente:

“Allí, la Sala llegó a las siguientes conclusiones:

a) En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas contractuales, previsto en el art. 53 de la Constitución Política de 1991, aplicable en el tema salarial, lo que recibe el trabajador como directa contraprestación del servicio, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que le den las partes.

b) Por ende, el criterio conclusivo o de cierre para determinar si un pago es o no salario, consiste en establecer si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo realizado, es decir, que el salario se define por su finalidad o destino.

c) Acreditada por parte del trabajador la periodicidad, habitualidad y permanencia del pago realizado, le corresponde al empleador la carga de probar que la destinación de dicho estipendio cancelado al trabajador tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio y, por tanto, con carácter no remunerativo.

d) Por cuenta de la parte final del art. 128 del CST, modificado por el art. 15 de la L. 50 de 1990, el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado en los rubros que cobija, por ello, la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo del servicio.

e) En tal sentido, las partes no pueden despojar de incidencia salarial un pago que por esencia lo es.”

Nótese como incumbe al trabajador probar dentro del debate la periodicidad, habitualidad y permanencia del pago que persigue sea reconocido como factor salarial, mientras que al empleador le corresponde acreditar que la destinación del concepto pagado al trabajador tiene una causa distinta a la prestación del servicio. Así fue reiterado en la SL-692 del 17 de febrero de 2021, Radicación N° 67872, M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga:

Así, lo sostuvo esta Sala de la Corte en la sentencia CSJ SL, 12220-2017, en la que sobre los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, enseñó:

(...)

Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.

De otro lado, no sobra recordar que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta. Bajo esta consideración, el empleador es quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa.”

En ese mismo sentido, la citada corporación indicó en la providencia antes aludida, que si bien las partes tienen libertad para celebrar pactos de exclusión salarial, no es permitido que por el citado acuerdo se le reste connotación salarial a lo que por naturaleza lo tiene, pues ello constituiría vulneración a los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador y conllevaría ineficacia del acuerdo. Así disertó la Sala:

“Tal aserción condujo al Tribunal al siguiente error jurídico, consistente en que las partes son enteramente libres y autónomas para desregularizar o excluir como factor salarial cualquier suma que sea entregada, ya que como se explicó, el límite de ese tipo de acuerdos radica en la esencia del pago, pues si aquél tiene como propósito retribuir el servicio, las partes no pueden restarle incidencia salarial, simplemente, en virtud del aspecto negocial que les asiste a las partes, y como se explicó en la sentencia SL5159-2018, traída a mención en la SL5146-2020, los contratantes se pueden anticipar a precisar que un pago que por naturaleza no es retributivo del servicio, en definitiva no es salario por así disponerlo ellos mismos, y con ello, precaver una posterior discusión sobre tales conceptos, como podrían ser los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad.

En la sentencia SL4866-2020, a propósito de la insistencia de la empresa demandada en sostener que los “gastos de viaje” hicieron parte del pacto de exclusión salarial, sobre el punto se indicó:

Por otro lado, la demandada alegó en la apelación, que en las cláusulas adicionales a los contratos de trabajo, se había hecho alusión a los “gastos de viaje”, los cuales no constituían salario por pacto expreso entre las partes conforme a la referida norma, erogaciones que encajaban en los auxilios habituales u ocasionales pactados contractualmente para desempeñar las funciones, tales como alimentación, habitación o vestuario.

Es necesario subrayar ante tal justificación, que el artículo 128 del CST, permite que ciertos pagos no sean considerados salario, precisamente porque no tienen como propósito retribuir el servicio sino contribuir en algunas facetas para el mejor desempeño del trabajador o para garantizarle ciertos recursos en pro de una mejor calidad de vida, sin que tenga que valerse del salario propiamente dicho para invertir en esas garantías.

[...]

En la parte final de la norma, se encuentran los pagos extralegales que se cancelan de forma habitual u ocasional y que acuerdan las partes del contrato que no son salario, que comúnmente se conocen como pactos de desregularización salarial o pactos de exclusión salarial, que hallan respaldo legal y constitucional por cuenta de la naturaleza bilateral o conmutativa del contrato de trabajo, en donde los contratantes pueden acordar que ciertos pagos que se entregan como un componente adicional al salario, pero que tienen como propósito servir en el mejoramiento de las condiciones de vida del trabajador o ayudar en un mejoramiento del servicio para desarrollar cabalmente el objeto contractual, en esencia, no hagan parte del cómputo para establecer lo que se adeuda por prestaciones sociales.

Claro, las partes pueden negociar, pero también ha sostenido la Sala, que el acuerdo que allí surja no puede llegar al punto de restarle connotación salarial a lo que por naturaleza lo es, lesionando de esa forma derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, como lo es, el de que éste no puede renunciar al reconocimiento y pago del salario. Si las partes desconocen esa característica, el acuerdo que despoja de naturaleza salarial al pago será ineficaz.

En sentencia CSJ SL403-2013, sobre este tipo de acuerdos, la Sala explicó:

«Al margen de que el cargo fue enfocado por la vía indirecta, no está demás reiterar en esta oportunidad, la posición que, de vieja data, viene sosteniendo la jurisprudencia laboral frente a la definición de salario conforme a los artículos 127 y 128 del CST. Conviene traerla a colación en razón a que todavía persisten, por parte de algunos empleadores, prácticas laborales consistentes en que, so pretexto de la facultad otorgada por el citado artículo 128 modificado por el 15 de la Ley 50 de 1990, celebran pactos salariales con los trabajadores con el propósito de restarle el carácter salarial a pagos que por esencia lo son, no obstante que son ineficaces, como sucedió en el sublite.»

Y más recientemente, en sentencia CSJ SL1798-2018, sostuvo:

«[E]s necesario subrayar que la facultad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no permite despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa directa es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ 39475, 13 jun. 2012).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es.»

En el asunto, como quedó demostrado que el pago efectuado al trabajador en la primera quincena de cada mes en su cuenta de ahorros es salario, pues el empleador no acreditó finalidad distinta a la de remunerar directamente el servicio prestado, no podía quedar cobijado con los efectos del pacto de exclusión salarial de las cláusulas adicionales a los contratos de trabajo vistas a folios 96, 99, 103, 107 y 111, por lo que no incurrió en ningún error el juzgador de primer grado, al concluir que, como «el reconocimiento de este beneficio se realizó de forma frecuente, permaneciendo sobre dicha voluntad por ser de orden público que tiene las normas laborales, en particular el artículo 13 del CST, (...) estos pactos no pueden desnaturalizar a su antojo aquellos pagos que son una remuneración directa de la prestación personal del servicio, cuando tiene verdaderamente el carácter de salario»

Al remitirnos a las pruebas arrimadas al plenario, se vislumbran a folios 146 y 147 datos contenidos en libros auxiliares de fecha 01 de octubre de 2019 a nombre de JOSE LUIS ACOSTA VILLERA, documento emitido por SOPROAS S.A., donde detallan conceptos de “auxilios” que recibió de manera continua desde el mes de enero de 2015 hasta el 29 de enero de 2018 con valores variables; así mismo, a folio 148 y 149 militan las anotaciones de libros auxiliares de fecha 01 de octubre de 2019 a nombre de JOSE CARLOS ALEMAN PEREZ, donde se observa la relación de los “auxilios” que recibió desde el 27 de abril de 2015 hasta 26 de abril de 2018, con valores variables, cuya denominación es la “auxilio”, sin más especificaciones.

Por su parte, en el interrogatorio que fuera absuelto por el representante legal de la accionada, precisó que el “auxilio o bonificación” que percibían los demandantes era un pago habitual, cancelado de forma mensual, y que otorgaba la empresa por mera liberalidad; su finalidad era sufragar el transporte y alimentación de los actores, pero añadió que también se les otorgaba una “tarjeta” a fin de ayudarles con el transporte hacia la empresa.

En cuanto a los testigos, se recepcionaron los decretados a favor de la parte accionada atendiendo el desistimiento que hiciera la parte actora de los que había pedido en la demanda; así, se escuchó el relato de la señora ANA KARINA MADERA, quien se desempeña como Directora de Talento Humano en la sociedad demandada, informando que el auxilio pagado a los actores pretendía el óptimo desempeño de las funciones del trabajador, su finalidad es que los trabajadores puedan llegar temprano a tomar su turno y para la alimentación, puesto que es una empresa de transporte y los turnos empiezan desde muy temprano y finalizan tarde; afirmó es pagado de forma mensual, por mera liberalidad de la empresa, pero así mismo indicó que el trabajador podía disponer de él libremente; sostuvo que además del auxilio en comento, la empresa otorgaba a los trabajadores una tarjeta que les permitía acceder al servicio de bus hacia cualquier ruta y por dos viajes por día, pero solo para transporte que correspondía a la empresa; precisó que a los actores se les informó acerca del pago del auxilio en las capacitaciones que se les daba como inducción al momento de ingresar a laborar, allí, aseguró, se les explica la forma en que van a devengar su salario.

Así mismo el testimonio de OSCAR OLASCOAGA, quien es conductor de la empresa demandada desde el 10 septiembre 2010, sostuvo que, en efecto, al ingresar a la empresa les hacen una inducción sobre prueba de manejo, prueba psicotécnica, estado físicos, pero, contrario a lo expuesto por la Directora de Talento Humano, aseguró que no les fue explicado el fin de los pagos del auxilio, incluso indicó que podían disponer de esa suma libremente, al punto que él lo utilizaba para gastos de la gasolina y arreglo de su moto. Preciso que la empresa le pagaba su salario, las horas extras, los dominicales, la bonificación de \$240.000,00, pero además les proporcionaba el transporte, trasladando a los trabajadores en buses de la empresa temprano en la mañana o en la noche y así mismo les otorgaba una tarjeta que cubría dos pasajes diarios pero en los buses de la empresa; igualmente indicó se le pagaba el auxilio legal de transporte. Narra el testigo que la bonificación o auxilio que les pagaban era un incentivo, una motivación para los empleados.

Finalmente el testimonio de YOHELYS ESQUIVEL RIVERO, quien es contadora de la empresa demandada desde el 01 de septiembre de 2010, da cuenta que era la encargada de recibir los documentos para reconocer el auxilio a los trabajadores, en los cuales se consignaba era un auxilio otorgado por mera liberalidad de la empresa, aunque informa la empresa lo llamaba “auxilio para transporte y alimentación, pero realmente desconoce para qué lo utilizaban los trabajadores y menos si la empresa ejercía un control sobre ello.

Claramente se desprenden contradicciones en el dicho de los testigos llamados al proceso por la parte demandada, pues mientras la jefa de talento humano asegura que el llamado auxilio o bono o bonificación que reclaman como factor salarial los demandantes, tenía como finalidad cubrir gastos de transporte y alimentación, los dos testigos restantes dejan al descubierto que, si bien en documentos así se consignaba, lo cierto es que era un incentivo por la labor desarrollada que se pagaba mensualmente y así mismo que los trabajadores disponían libremente de esa suma de dinero,

amèn de que dejan al descubierto que nunca les fue indicado o haberse acordado que no era factor salarial; es decir, con las pruebas allegadas no logra la parte accionada desvirtuar que el pago de la suma de \$240.000,00 y \$210.000,00 que se les cancelaba a los actores, no llevaba como finalidad la retribución de los servicios, mientras que no dejan duda acerca de la habitualidad con que se pagaba el mismo, que lo era todos los meses.

Y es que no deja de ser curioso y poco creíble, que la accionada reconozca y pague a los actores el auxilio legal de transporte, pero ademàs suministre el transporte a través de sus propios vehículos, otorgue una tarjeta para el transporte en sus propios vehículos y ademàs otorgue un auxilio, bono o bonificación mensualmente -como se les denominaba- para cubrir la misma contingencia.

Pertinente es señalar lo expuesto en la sentencia SL-4342 del 14 de octubre de 2020, radicación 84445, M.P. Dra, Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

“Según los lineamientos del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», de tal suerte que, en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, tendrá carácter remuneratorio todo aquello que el empleador paga al trabajador en retribución de los servicios prestados, independientemente de la denominación que contractualmente se le dé.

Aun cuando el legislador confiere a los interlocutores de la relación de trabajo la facultad de celebrar pactos de exclusión salarial, la autonomía de la voluntad no es ilimitada ni puede ejercerse arbitrariamente, pues de acuerdo con el postulado de primacía de la realidad, todo pago retributivo de la labor, constituye salario con independencia de la estipulación contractual que se pacte o la denominación que se le dé.

Al respecto, en sentencia CSJ SL5159-2018 la Sala puntualizó:

El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.”

En síntesis, se concluye que independiente de la denominación que se la haya dado al auxilio en favor de los trabajadores, la circunstancia de ser pagado de forma habitual, todos los meses, y ante la ausencia de pacto expreso que los excluya de factor salarial, sumado a la imposibilidad de establecer su real finalidad, conlleva a seguir la regla general que pregona que todo cuanto recibe el trabajador está destinado a retribuir sus servicios personales, lo anterior tomando en consideración, además, que correspondía al empleador la carga probatoria de acreditar que el pago de dicho auxilio obedeció a una causa distinta a la prestación del servicio por parte de los actores; ello lleva a compartir la conclusión a la que llegó el A-Quo al considerar que lo percibido como auxilio, bono y/o bonificación por los actores, tiene connotación salarial y era procedente tenerlo como factor salarial para la reliquidación de las acreencias reclamadas.

6.4. Frente a la inconformidad de la parte actora, en lo tocante a la procedencia de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S. del T, ante la omisión por parte del empleador de pagar los valores reales y completos por concepto de prestaciones sociales, incluyendo para esos efectos el valor del aludido auxilio mensual que percibieron, oportuno es citar la sentencia SL-986-2021 donde se precisó:

“Así las cosas, no puede considerarse un motivo valedero para ese desconocimiento del empleador, alegar que las partes decidieron libremente acordar que esos pagos no tenían incidencia salarial, porque su deber era demostrar que dicho pacto no contrariaba el concepto vital de salario, y mucho menos, quedarse en el simple dicho de que los pagos no retribuían el servicio prestado, o aportar exclusivamente los contratos de trabajo y las cláusulas que contenían el acuerdo desregularizador, porque en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, aplicable en materia salarial, los documentos celebrados por los contratantes y las denominaciones que hagan sobre los pagos que se cancelan en vigencia del contrato de trabajo, por sí mismos, no demuestran su esencia, dado que el objetivo del trabajador con el proceso es desconocer los efectos adversos de esas estipulaciones.

Igualmente es errado el argumento del juzgador, al haber indicado, que como fue en el escenario judicial que se logró develar la naturaleza salarial del pago realizado al trabajador, el empleador quedaba exonerado de la indemnización moratoria. De antaño, como lo sostuvo el apoderado del actor, la Corte ha señalado que no le basta al deudor oponerse para quedar eximido de esa sanción, pues se le daría valor a la simple resistencia judicial a efectos de desconocer el carácter salarial de un pago, para automáticamente quedar absuelto; por el contrario, es deber del juez examinar las pruebas en aras de verificar si se presentaron motivos que verdaderamente resulten suficientes para exculpar la falta de pago, es decir, razones serias y atendibles para el momento en que se hizo exigible el derecho reclamado y no el escario judicial como excusa ofrecida por el incumplido para absolverlo de esta condena.

En consecuencia, procede la revocatoria de este aspecto de la sentencia, y para proceder a la condena, es necesario precisar los siguientes aspectos

(...)

4. Con relación al salario base para liquidar la indemnización moratoria del art. 65 del CST, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002, la norma refiere al último salario, y como en el asunto se está en presencia de uno variable por cuenta de que los pagos consignados en la primera quincena de cada mes son diferentes, lo más razonable es promediar los ingresos obtenidos por el trabajador en el último año, que en este caso, según las cuentas del juzgado mencionadas previamente, entre enero y abril de 2013, meses que laboró dentro de dicha anualidad en que se terminó el segundo contrato, ascendió a la suma de \$1.938.690,33.

5. Hay que recordar que según el art. 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, para aquellos trabajadores que devengan más de un (1) smmlv, tendrá derecho a un día de salario por cada día de retardo hasta por 24 meses, y a partir del mes 25, intereses moratorios.

Aplicado lo anterior, como el último salario del demandante, que corresponde al del segundo contrato de trabajo, fuente de la reliquidación declarada, es superior a un (1) smmlv, se aplican las reglas del art. 29 de la L. 789 de 2002, es claro, que el actor tiene derecho al reconocimiento de \$64.623, a título de indemnización moratoria, a partir del 2 de abril de 2013, hasta por 24 meses, y a partir del mes 25, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta la fecha en que se verifique el pago.”

En el caso estudiado, no se discute que la accionada no incluyó como factor salarial para el pago de prestaciones sociales y aportes a pensión el auxilio y/o bono que mensualmente cancelaba a los actores, y como justificación simplemente alude a la aplicación del artículo 128 del C.S.del T. y que la finalidad de la acreencia no era otra que suministrar el transporte y alimentación a los demandantes; sin embargo, como quedó demostrado, la empresa suministraba el medio de transporte además de otorgarles tarjetas para cubrir el costo de pasajes de los trabajadores, por lo que en realidad la accionada no acreditó la finalidad de la acreencia que por mera liberalidad dijo conceder a los actores, lo que lleva a concluir que no puede pregonarse buena fe, pues como lo planteo la Sala de Casación Laboral en la sentencia previamente citada **“no le basta al deudor oponerse para quedar eximido de esa sanción, pues se le daría valor a la simple resistencia judicial a efectos de desconocer el carácter salarial de un pago, para automáticamente quedar absuelto”**, siendo imperioso para determinar la procedencia de la sanción, examinar la conducta del empleador a fin de determinar si su actuar estuvo revestido de buena fe, la que no encuentra probada la Sala en el caso estudiado y por ello procederá a revocar parcialmente los numerales quinto y séptimo (5º y 7º) de la parte resolutive de la sentencia apelada.

Acorde con lo anterior, el monto de la sanción moratoria extraída del último salario devengado por los actores, ascenderá, en el caso del señor **JOSE CARLOS ALEMAN PEREZ** a la suma de **\$34.041.40** diarios, a partir del 20 de abril de 2018 hasta por 24 meses y a partir del mes 25 se le pagará por la accionada los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta la fecha en que se verifique el pago de las prestaciones adeudadas. Por su parte a favor del accionante, ello por cuanto devengó el salario

mínimo mensual legal vigente, que para la fecha de terminación del vínculo laboral correspondía a la suma de \$781.242, aunado al auxilio reconocido como factor salarial que era \$240.000,00 para esa anualidad.

En el caso del señor **JOSE LUIS ACOSTA VILLERA**, la referida sanción se extrae del salario mínimo legal mensual devengado y que a la fecha de terminación de la relación laboral correspondía a la suma de \$781.242, aunado al auxilio que ascendía a \$210.000,00, para un último salario real devengado de \$991.242.00, correspondiendo la sanción moratoria a la suma de \$33.041.40 pesos diarios a partir del 30 de enero de 2018 y hasta por 24 meses, y a partir del mes 25 los mismos intereses moratorios impuestos al otro accionante y hasta que se haga efectivo el pago de las acreencias adeudadas.

6.5. Costas.

No hay lugar a condena en costas en esta instancia frente a la ausencia de réplica de la parte accionada.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia apelada y en su lugar **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de buena fe propuesta por la parte accionada.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral séptimo de la sentencia y en su lugar **CONDENAR** a la accionada al pago de sanción moratoria a favor de los accionantes así: A favor del señor **JOSE CARLOS ALEMAN PEREZ** la suma de **\$34.041.40** diarios, a partir del 20 de abril de 2018 hasta por 24 meses, y a favor de **JOSE LUIS ACOSTA VILLERA**, la suma de **\$33.041.40** pesos diarios a partir del 30 de enero de 2018 y hasta por 24 meses; a partir del mes 25 la accionada pagará a cada uno de los demandantes intereses moratorios a la tasa máxima de créditos

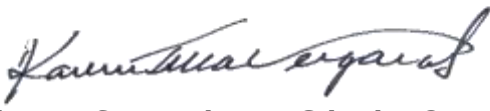
de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta la fecha en que se verifique el pago de las prestaciones y aportes adeudados.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

QUINTO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen

NOTÍFQUESE Y CÚMPLASE



KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**

Radicado N°. 23-001-31-05-005-2019-00309-01 - FOLIO 132-21

(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)

MONTERÍA, VEINTISÉIS (26) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas COLPENSIONES Y PORVENIR, por conducto de apoderado judicial, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia del 17 marzo de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por DORIS EDITH MARIA GOMEZ LONDOÑO, y se desata la consulta por ser adversa la sentencia a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora DORIS EDITH MARIA GOMEZ LONDOÑO, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por PORVENIR, efectuada en agosto de 2002. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se condene a PORVENIR S.A a trasladar los aportes en pensión, rendimientos y gastos de administración efectuados en su cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES. A su vez se condene a COLPENSIONES recibirla como afiliada, así como los aportes que realizó en el RAIS, indexación de las condenas, costas y agencias en derecho.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime, de forma sucinta los siguientes hechos:

- La señora DORIS EDITH MARIA GOMEZ LONDOÑO nació el 15 de junio de 1962 e inició su vida laboral en el año 1981, cotizando en el ISS y laborando en almacenes Éxito; seguidamente trabajó para librería Temis en 1989 y siguió cotizando con el ISS; posteriormente, comenzó a laborar en la Universidad Católica Luis Amigó iniciando actividades en el año 1997 hasta el año 2002, cotizando también con el Seguro Social y en el mismo tiempo laboró para la Cooperativa Multiactiva Universitaria Nacional hasta el 2003.

- Que para el año 2004 inició en la Cooperativa de Trabajo Asociado La Comuna hasta diciembre de 2011, y continuaba en el Instituto de Seguro Social; luego, en enero de 2012, comenzó a trabajar con la Universidad Cooperativa de Colombia, donde en la actualidad sigue laborando a tiempo completo.

- Aduce la actora se encuentra afiliada al fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A, luego de ser convencida sin explicación alguna de los efectos del cambio de traslado para el año 2002, por cuanto se encontraba en el régimen de prima media y pasó al régimen privado de ahorro.

- Que ni el ISS, ni PORVENIR S.A, en el momento de la recepción y aprobación del traslado la asesoraron, ni le brindaron la doble asesoría integral y adecuada respecto a sus posibilidades y riesgos que se debían asumir en cada sistema pensional, como lo ordena la ley, no le fue comunicado las ventajas y desventajas o las posibles consecuencias que podría generar el cambio de sistema con relación a su pensión.

- Como consecuencia de lo anterior, COLPENSIONES negó la posibilidad de su afiliación al RPM nuevamente, por lo que conforme a la situación actual la demandante no logrará pensionarse con una remuneración acorde con sus condiciones de vida, ya que actualmente devenga la suma de \$3.134.944,00, lo que puede hacerla beneficiaria de la tasa máxima de reemplazo en el RPM frente a la opción que le ofrece PORVENIR S.A, que es seguir cotizando durante dos años más para así lograr una pensión equivalente al salario mínimo.

- Que la actora solicitó el traslado de fondo de pensiones a COLPENSIONES el cual fue negado bajo el argumento *“no es procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito del tiempo para pensionarse”*

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito.

2.3.1. COLPENSIONES propuso 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, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, buena fe y prescripción.*

2.3.2. Mediante auto adiado 08 de febrero de 2021 se tuvo por no contestada la demanda por PORVENIR S.A.

2.3.3. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, y, en la última, se profirió la;

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante por considerar que la AFP PORVENIR no cumplió con su deber de brindar información clara, precisa y completa a la demandante frente a las ventajas y desventajas de la afiliación al régimen individual con solidaridad, en consecuencia, declaró la ineficacia de la afiliación. De igual forma ordenó a la AFP PORVENIR, trasladar todos los aportes para pensión efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos financieros y cuotas de administración; a su vez ordenó a COLPENSIONES recibir a la actora como afiliada junto con los recursos que la AFP PORVENIR S.A, gire a su favor por la declaratoria de ineficacia.

El Juez trae a colación varios precedentes jurisprudenciales tendientes a fundamentar el principio de escogencia libre y voluntaria del régimen pensional, donde llegan a la conclusión inexorable y repiten que debe darse una información veraz que pueda ser comprendida, así como explicativa, que esté encaminada a escoger el régimen más favorecedor de acuerdo con los intereses del trabajador. Así mismo trae a colación el artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 de 2003 en relación a la libre escogencia del régimen pensional.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES

Arguye que, teniendo en cuenta que la afiliación de la demandante a PORVENIR fue de manera libre y voluntaria y al ser un acuerdo de voluntades que solo involucra a las partes que intervinieron, tal como se evidencia que Colpensiones fue ajena a esa circunstancia, en ningún momento asesoró o brindó información para que la demandante accediera al cambio de administradora, por lo que no es dable que Colpensiones deba asumir las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia, ello en atención a que no se probó ningún factor que pudiera viciar el consentimiento de la actora al momento de realizar el traslado de régimen, ya que esta se constituye en un acto libre y voluntario por parte del afiliado de cambiarse de régimen sin que el fondo en que se encuentre afiliado pueda oponerse a la decisión adoptada.

Así mismo argumentó que a la demandante le faltan menos de diez (10) años para pensionarse, por lo que se encuentra dentro de la prohibición legal para trasladarse de régimen. Por lo que solicita absolver a COLPENSIONES de costas, toda vez que no tuvo implicaciones al acto de traslado de la demandante y siempre actuó conforme a derecho.

4.2. Apelación de PORVENIR S.A

Muestra inconformidad con la condena, toda vez que jurisprudencialmente se ha manifestado que no se puede obviar el consentimiento informado que se materializa con la suscripción de la solicitud de afiliación, además de que PORVENIR S.A, siempre ha dado cumplimiento a los presupuestos legales en relación con la vinculación de la afiliada al RAIS y actuó conforme a los requisitos establecidos para la afiliación, así como con el deber de la información y buen consejo en cabeza de las AFP.

Así mismo, plantea que los emolumentos relacionados a bono pensional, cotización y gastos de administración, van en cabeza de la administradora e incrementan la cuenta de ahorros individual de la demandante, lo que no hubiese sido posible si la actora se hubiese encontrado afiliada al RPM, por lo que sostiene que esos emolumentos no son válidos a devolver.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad concedida en esta instancia para alegar, la parte demandante, COLPENSIONES y PORVENIR S.A presentaron sendos escritos.

5.1. ALEGATOS DEMANDANTE

Mediante escrito presentado por el apoderado de la señora DORIS EDITH MARIA GOMEZ LONDOÑO solicita la confirmación de la sentencia, argumentando de forma sucinta que:

“Convenimos y avalamos la tesis en su plenitud del juzgado Quinto Laboral Del Circuito de Montería, por lo tanto, nos adherimos a esas tesis y solicitamos como conclusión de ello se apliquen en su plenitud ratificando la sentencia de primera instancia en todas sus partes.

La segunda idea fuerza es la confirmación de los precedentes en que se apoya la sentencia del a quo y En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

(...)

Se concluye que la transparencia de los fondos de pensiones frente a los afiliados clientes debe ser un imperativo categórico no sometido a engaños y cuanto no se le dice todo lo que se le debe decir se afecta el debido proceso y libre escogencia de fondos lo que lo hace ineficaz. Este hecho está probado y no merece reproche alguno, sino que apoya la decisión del juez de primera instancia.

La tercera idea fuerza se afinca en que la parte demandada y apelante está dilatando de forma temeraria el proceso ya que va sus tesis en contra de precedentes que son claros y por ello se le debe condenar en costas de segunda instancia por insistir con sus argumentos que ya han sido resueltos en muchas otras sentencias y que genera desgastes a la administración de justicia y demora el goce de los derechos de sus afiliados demandantes sin ninguna justificación.

Por lo anterior, se solicita que se ratifiquen en todas sus partes la sentencia de primera instancia y se condene en nuevas costas a las partes apelantes por sus dilatorias argumentaciones que afectan a la demandante en el disfrute de su derecho justo”

5.2. ALEGATOS DE COLPENSIONES

Oportunamente la administradora COLPENSIONES allega escrito donde argumentó lo siguiente:

“Nuestra inconformidad radica en el hecho que la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”, se vea inmerso en la declaratoria de ineficacia del acto de traslado efectuado por la demandante, teniendo en cuenta como punto a reiterar que

mi defendida fue ajena a dicha circunstancia, nunca asesoro o brindo información, ni intervino de manera alguna en la decisión adoptada por la demandante de trasladarse en su día del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, afiliación y/o traslado que a nuestro sentir gozo de plena validez, toda vez que no se evidencio ningún factor determinante que pudiera viciar su consentimiento, el cual se produjo de manera libre y voluntaria.

Quedo demostrado, que el traslado efectuado por la demandante en su día del régimen prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidada, gozó de plena validez, siendo la afiliado totalmente consciente del acto y de las consecuencias jurídicas del traslado, tal como lo ratifica el hecho de haber permanecido afiliada durante tanto tiempo a la AFP Porvenir y haberse abstenido de solicitar su retorno al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones hasta entonces, llevándonos a pensar con su comportamiento y actividades el compromiso de querer permanecer en ese régimen pensional, al cual había emigrado voluntariamente y sin imposición alguna, en aras de aspirar a un mejor derecho pensional, de manera, que ante la ocurrencia en los últimos momentos de una situación particular que quizás no le favoreció, pretenda retornar nuevamente al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones

Al día de hoy a la señora Doris Gómez Londoño, le es imposible cambiarse de Régimen, por mandato expreso de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, normatividad que estipula que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

En relación a la condena en costas impuesta, solicito se absuelva a la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”, de la imposición de las mismas, en atención que Colpensiones no tuvo implicación alguna en el acto de traslado objeto de controversia, fue ajena a dicho negocio jurídico, así mismo en el curso del proceso siempre actuó sin temeridad alguna obrando a la luz del principio de la buena fe.

5.3. ALEGATOS DE PORVENIR

De igual forma, mediante escrito allegado PORVENIR S.A manifestó lo siguiente:

“No le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con mi representada es eficaz.

Es mencionar que, en este asunto NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARON NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO, pues obligatorio es mencionar que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, hecho que ratifica en el interrogatorio de parte, sumado a que el referido documento fue tachado ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del

Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Ahora, como quiera que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del citado código, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado.

En el presente asunto, la parte demandante realizó cambio de régimen en el año 2002 con la AFP Porvenir, de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario de afiliación con mi representada Porvenir.

Aduce el fallador de primer grado que, mi representada, no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora al momento de la vinculación, esto es entregar información, completa, veraz y oportuna, tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto mi representada en de manera palmaria, cumplió con la carga procesal impuesta pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto, en la medida que aportó los documentos que tenía su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a mi representada producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual se itera es un documento que se presume auténtico, sino se insiste, con la conducta del afiliado, que permaneció por espacio de más de 20 años en el régimen de ahorro individual y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que, analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

Vale mencionar que, jurídicamente no es viable imponerle cargas distintas a mi representada, a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante, pues constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima del fondo que represento, ya que para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación, no solo el afiliado para ese momento era jurídicamente capaz, sino que, además, el citado acto contiene objeto y causa lícita, y ahora por cuenta de interpretaciones y el alcance que se hace de algunas normas, se desconocen instituciones primarias de un estado social de Derecho como son la validez y los efectos de los actos jurídicos.

Válidamente se debe colegir que el afiliado recibió información suficiente y que nunca se preocupó por conocer aspectos para el relevantes que ahora echa de menos, pese a los diferentes canales de atención con que cuenta PORVENIR S.A., lo que denota negligencia de su parte demandante y que ahora pretende sanear a través del proceso que adelanta en contra de mi representada, con el argumento de que no se le dio la información necesaria.

Sin realizar el análisis en conjunto y crítico de estas pruebas como lo ordena el artículo 60 del CPT y SS, el juzgador de primera instancia declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas antes referidas del ordenamiento civil, relacionadas con la validez de los negocios jurídicos a las cuales debemos acudir por ausencia de reglas legales en materia laboral, desconocimiento que, «Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas

legales», como lo señala el artículo 1602 del Código Civil y, están llamados a producir consecuencias respecto de quienes los celebran, reglas básicas de la teoría de las obligaciones.

Ahora, en el hipotético remoto de considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes, no tuvo validez, no puede olvidarse que, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es “el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)”, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma.

Y es que, en virtud del artículo 1746, la regla general de la nulidad judicialmente pronunciada es que da a las partes el derecho a ser restituidas las cosas “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones o pautas.

En consecuencia, no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y PORVENIR S.A., como lo es COLPENSIOINES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza

En este orden de ideas, los gastos de administración y las primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional; luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, y así deberá declararse”.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: **(i)** si existe nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que hiciera la accionante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por omisión del fondo privado PORVENIR en darle una información completa, veraz, comprensible sobre las consecuencias negativas del mismo. **(ii)** De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado,

determinaremos las consecuencia y efectos frente a los accionados. La prescripción de la nulidad y/o ineficacia pregonada.

6.3. Nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional.

Consagra la Constitución Política el derecho a la seguridad social, reglamentado a partir de la expedición de la ley 100 de 1993 e integrado por diversos sistemas, entre ellos el sistema general de pensiones, que se encuentra conformado por dos subsistemas, el de reparto o también denominado Régimen de prima media con prestación definida, otrora administrado por el extinto ISS hoy por COLPENSIONES, y el de capitalización conocido como Régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por particulares a través de fondos privados.

Acerca de las características de los dos sistemas y/o regímenes anunciados, precisó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-929 del 14 de febrero de 2018, radicación No. 47992, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, que *“En la de reparto, se proyecta la financiación a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones, que ingresan en un determinado periodo y que se distribuyen entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema y es lo que en Colombia se regula, en el caso de las pensiones, a través del régimen de prima media con prestación definida, De otro lado, la capitalización, se ampara en el mecanismo del ahorro, de manera que las cotizaciones de los afiliados permiten construir una reserva propia, que además se incrementa por razón de los intereses que recibe cada asegurado, y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para realizar la provisión de la pensión; en nuestro sistema jurídico presenta variados matices, dada la extensión de la referida solidaridad, que aunque limitada, se concreta en la garantía de pensión mínima y en los aportes al fondo de solidaridad social, figuras ambas del régimen de ahorro individual.*

Este nuevo sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha impuesto a las administradoras de los regímenes pensionales un doble carácter, como sociedades de servicios financieros y entidades de seguridad social, imponiéndoles deberes y obligaciones en aras de desempeñar sus funciones bajo la ética del servicio público, teniendo presente que su actuar debe estar revestido de buena fe y total transparencia, ofreciendo confianza a los usuarios que le depositan sus ahorros; dentro de esos deberes cobra gran importancia el de información, cuyo objetivo es garantizar a los afiliados la toma de decisiones libre y voluntaria al momento de escoger ente los dos regímenes, siendo imperioso que se les dé a conocer las prestaciones que ofrecen, los requisitos para acceder a ellas, amén de las características, bondades y desventajas que pudieran brindarles cada uno de los regímenes pensionales -RAIS o RPM-, a fin de optar por

el que más les convenga; por ello, ha destacado la Sala de Casación Laboral que en la medida en que el interesado tenga mayor conocimiento sobre todos los aspectos que rodean el sistema pensional y los regímenes que lo conforman, tendrá la posibilidad de poder tomar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse una real consentimiento libre y voluntario.

Sobre el tema pertinente es traer a colación lo expuesto por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, cuando en sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, Radicado 68838, MP Dra Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sostuvo:

“El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, 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).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin

importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”

Se ha sostenido igualmente que el deber de información no puede entenderse satisfecho con la simple suscripción de documentos o formularios contentivos de expresiones genéricas, por el contrario, se ha impuesto a las administradoras de pensiones el deber de acreditar que informaron documentalmente al afiliado de todas las circunstancias que podían rodear su expectativa e interés pensional, deber probatorio que encuentra su génesis en el artículo 1604 del CC, al prever que la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Así las cosas, la Ley 100 de 1993 ha impuesto deberes a las entidades que hacen parte del sistema de seguridad social en pensiones, siendo criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral el deber en cabeza de los fondos y administradores de pensiones de brindar una información veraz, completa, comprensible, acerca de las características que ofrecen cada uno de los regímenes pensionales que nacieron con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, es la misma Sala de Casación Laboral la que dispone, en casos como este, la inversión de la carga de la prueba, recayendo en el fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó a la demandante la información acerca de lo conveniente e inconveniente de su traslado de régimen, así se plasmó de vieja data en la SL-12136 del 03 de septiembre de 2014, radicado 46292, con ponencia de la magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, donde señaló:

“A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa.

(...)

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

En el sub examine, del material probatorio allegado al proceso se evidencia que en la historia laboral generada por PORVENIR S.A, el 02 de julio de 2019, da a conocer que la señora DORIS EDITH MARIA GOMEZ LONDOÑO cotizó 337 semanas al RPM, concretamente a Colpensiones (ISS), y 751 al RAIS administrado por PORVENIR S.A; igualmente se infiere que las semanas cotizadas en el RAIS lo fueron a partir del mes de agosto de 2002. Lo anterior evidencia que en el presente asunto efectivamente existió traslado de régimen pensional por parte de la accionante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP PORVENIR SA, demostrar que al momento del traslado de la actora le ofreció toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS). No obstante, la AFP accionada no aporta ninguna prueba de la cual se observe que le dio información documental a la accionante sobre las consecuencias negativas del citado traslado, no acredita haberle informado acerca del capital que tendría que reunir en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener pensión de vejez, ni la diferencia del monto de la mesada pensional entre ambos regímenes, Por lo tanto, ha de concluirse que la AFP PORVENIR no cumplió con su deber de dar información veraz y completa a la demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y ello es razón suficiente para que salga adelante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

Obligación que también ha resaltado esta Sala en sentencias como la del 29 de octubre de 2019, emitida por la Sala Segunda de Decisión Civil Familia Laboral, dentro del proceso ordinario laboral identificado con radicado no. 23.001.31.05.004.2019-00035.01 folio 311-2019. MP Dr Marco Tulio Borja Paradas¹, en la que refirió:

“De acuerdo al literal B del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la escogencia del sistema general de pensiones por el afiliado es libre y voluntaria, empero esta libertad es cualificada, pues trátase de una libertad informada la cual comporta para la administradora de pensiones el deber de diligencia y cuidado en brindar al afiliado asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o traslado por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos y cartas atestando actuar con libertad y consciencia. En ese orden de ideas les asiste a las administradoras de pensiones la carga de probar todo lo anterior, puesto que conforme al artículo 1604 del código civil la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega, sobre el particular resultan pertinentes entre otras, las sentencias SL-19447 de 2019; SL-782 de 2018; SL-12136 de 2014, SL- del 21 de noviembre de 2011 radicación 33083 y sentencia del 09 de septiembre de 2008 radicación 31989.

En el caso, solo está acreditada la suscripción de la demandante de los formatos de vinculación o traslado, empero no hay prueba alguna de que esa libertad haya sido una libertad informada, esto es, haya sido resultado de la asesoría con las características y dimensiones atrás señaladas, por consiguiente, hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS.

(...)

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3. del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por

¹ Reiterada por ejemplo en sentencia del 22 de octubre de 2019 dentro del proceso radicado No. 23.001.31.05.004.2018-00325.01 FOLIO 302-2019. M.P. y en sentencia del 05 de abril de 2019 dentro de proceso radicado No. 23.001.31.05.004.2018-00192.01 FOLIO 097-2019, por la Sala Segunda del Tribunal, que preside el mismo magistrado.

incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así las cosas, la omisión del deber de información por parte de PORVENIR llevan a la Sala a declarar la ineficacia del traslado de régimen que hiciera la demandante en agosto de 2002, cuyos efectos fueron citados en la sentencia SL-1689 del 08 de mayo de 2019, así:

“Se declarará la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD”

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, al tenerse que la demandante nunca se afilió al RAIS, resulta acertado ordenar a la AFP PORVENIR SA trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual de la actora en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si los hubiere, ello por cuanto dispone la ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que ella prevé.

Sobre este tópico manifestó la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 4609 de 2021, MP LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ que:

“Por tanto, para el afiliado, la permanencia en el régimen que escoja libremente se convertirá en la causa directa de los recursos disponibles con que cuente en el futuro para afrontar el retiro laboral y las consecuencias económicas de las necesidades que acompañan a la vejez, proceso en el que es parte fundamental su administradora de pensiones.

En ese sentido, reiteró la Corte en sentencia CSJ SL4806-2020, que habrá ineficacia de la afiliación: De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Por tal razón, en tratándose de ineficacia, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión

mínima, debidamente indexados, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)”.

Así mismo, acertó el fallador de primera instancia al ordenar a COLPENSIONES recibir a la actora como afiliada a dicho régimen (prima media con prestación definida), por cuanto, así como no se requirió que esa administradora interviniera en la decisión de traslado, tampoco se requiere su autorización para la declaratoria de ineficacia y el retorno al régimen de prima media, que es efecto de aquella.

En cuanto a la prescripción propuesta como excepción por COLPENSIONES, reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral que la ineficacia no se afecta por dicho fenómeno, bajo los argumentos expuestos, entre otros, en la SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde se dijo:

“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”

(...)

“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”.

Finalmente, se duele COLPENSIONES de la condena en costas impuestas en primera instancia, no obstante, acorde con lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del CGP, atendiendo a que dicha administradora se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones de mérito, obteniendo decisiones desfavorables, acertada resulta la condena en costas impuestas por el A-Quo.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que fue acertada la decisión tomada por el fallador de primera instancia y por ello habrá de confirmarse la sentencia apelada.

6.4. COSTAS.

Como quiera que el recurso de alzada igualmente le fue adverso a los apelantes y la parte actora presentó réplica, es fundamento para imponer condena en costas de esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR.

Y, como quiera que recientemente la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, amén de que en Sala Especializada esta Corporación acogió tal criterio, se fijarán tales agencias en 1 SMMLV para cada una de las accionadas que, según el numeral 4° del artículo 5° 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.

VII. DECISIÓN.

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

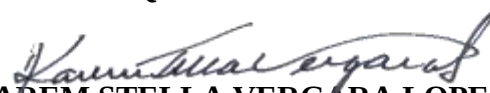
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en mérito de lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de los apelantes.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ

Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**

Radicado N°. 23 001 31 05 004 2019-00384-01- FOLIO 189-21

(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)

MONTERÍA, VEINTISÉIS (26) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNOS (2021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas PORVENIR S.A, y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia pronunciada en audiencia el veinticinco (25) de mayo de dos mil veintiunos (2021), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JUANA ISABEL HERNÁNDEZ PANIZA, contra PORVENIR S.A., COLFONDOS y COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Pretende la parte actora JUANA ISABEL HERNÁNDEZ PANIZA, se declare la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por COLFONDOS S.A, en consecuencia, se declare su regreso automático al régimen de prima media COLPENSIONES. Asimismo, ordenar a COLFONDOS S.A. trasladar todos los aportes de su cuenta individual con sus respectivos incrementos e interés a COLPENSIONES; costas, gastos y agencias en derecho a las partes demandadas.

1.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime que:

-La señora JUANA ISABEL HERNANDEZ PANIZA nació el día 27/09/1967 e inicio su vida laboral desde el primero (01) de diciembre de 1997, en la Registraduría Nacional del Estado Civil.

-Manifiesta que fue afiliada a los riesgos de vejez y muerte al antiguo Instituto de Seguro Social, siendo visitada por asesores de HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., quienes la persuadieron para que se cambiara de régimen pensional con el argumento de que “en el Instituto de Seguro Social se podía pensionar mejor que en COLPENSIONES.

-Dice la demandante que se afiliò a HORIZONTE S.A, hoy PORVENIR S.A, desde el mes 06 de 1999 y luego se trasladó a COLFONDOS S.A desde 01/07/2004, hasta la presentación de la demanda.

-Aduce que hasta la fecha de presentación de la demanda ha cotizado un total de 823 semanas para los riesgos de vejez, muerte e invalidez.

-Cuenta la demandante que de manera verbal una asesora de COLFONDOS S.A le informò que, por el monto de su ahorro, la pensión sería de un salario mínimo mensual vigente.

-Indica que los asesores de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, nunca le ofrecieron una información completa y comprensible de las consecuencias de su traslado al nuevo régimen pensional. Nunca le informaron que perdería los beneficios establecidos en la ley 100 de 1993 en cuanto al porcentaje de liquidación, pensión de vejez y la edad para pensionarse. Asimismo, aduce que los asesores de HORIZONTE nunca le informaron que en el régimen de ahorro individual el monto de la pensión de vejez depende del capital ahorrado.

-Indica que el promedio de los salarios de los últimos 10 años supera los \$2.868.184, lo que le arrojaría una mesada de pensión mensual muy superior en el régimen de prima media administrada, por lo que solicitó a COLPENSIONES el retorno al régimen de prima media siendo negado el día 07/11/2019.

2. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito.

2.1. COLPENSIONES propuso las excepciones de *inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de colpensiones, buena fe, prescripción.*

2.1.1. COLFONDOS S.A. no propuso excepciones debido a que no se opone a las pretensiones de la demandante

2.1.2. PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las siguientes excepciones: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.*

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, y, en la última, se profirió la;

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante *DECLARANDO LA INEFICACIA* del acto de traslado efectuado por la señora JUANA ISABEL HERNANDEZ PANIZA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado inicialmente a través de la sociedad HORIZONTE S.A. -HOY -PORVENIR S.A., en el mes de junio del año mil novecientos noventa y nueve (1999), y ulteriormente ratificado a través de la sociedad COLFONDOS S.A. el día primero (1º) de julio de dos mil cuatro (2004); lo anterior al considerar que las accionadas no acreditaron que el traslado de la accionante fue voluntario ya que no se encuentran los requisitos jurídicos que comporta el sistema general de pensión, en el evento concreto en el cual el régimen de ahorro individual con solidaridad le es menos favorable a su expectativa pensional respecto a la que le puede otorgar el régimen de prima media con prestación definida, la cual quebranta sus garantías constitucionales fundamentales e irrenunciables a la seguridad social.

Considera que a través de la teoría de la información documental o de la formación profesional, las accionadas tienen el deber de (i) informar al afiliado sobre las implicaciones del traslado de un régimen a otro sobre su derecho pensional en cuanto a los requisitos y eventual monto de la mesada pensional, (ii) el deber de desanimar si es necesario al potencial afiliado en consideración a los perjuicios que puede traer el cambio de régimen pensional, (iii) documentar al usuario sobre todo aquello que afecte su derecho pensional frente a un cambio de régimen, (iv) que la sola manifestación de haberse efectuado el cambio

voluntariamente o de haberse diligenciado una minuta o formulario de traslado, no surten efectos si con ellos se irrogan perjuicios o afectaciones al respectivo afiliado o usuario.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, proceda a RECIBIR a la demandante señora JUANA ISABEL HERNANDEZ PANIZA, como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad. Impuso costas a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES.

Arguye que, se está en un acto de negocio jurídico de traslado del que el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL hoy COLPENSIONES, no tuvo participación alguna, tal como se logró dilucidar del interrogatorio de parte resuelto por la señora JUANA ISABEL HERNANDEZ PANIZA. Asimismo, la accionante ratificó su intención de mantenerse dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad y no es hasta el momento de la presentación de la demanda, momento en el cual manifiesta esta solicitud de pretender retornar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de manera que lo hace a destiempo encontrándose ya a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, por lo que itera que, por mandato de la ley 797 del 2003 le es imposible a la demandante trasladarse de régimen pensional, es decir, por vía administrativa no era posible que COLPENSIONES accediera a esta pretensión.

Sostiene que COLPENSIONES no tuvo participación en el acto jurídico de traslado llevado a cabo en una primera ocasión por la demandante hacia HORIZONTE S.A -hoy PORVENIR S.A-, y en una segunda ocasión hacia COLFONDOS S.A., que en ambos negocios jurídicos no se logra evidenciar algún tipo de vicio que permita afirmar la nulidad; que como el acuerdo de afiliación es entre la demandante y las otras entidades, resulta imposible al ISS -hoy a COLPENSIONES, retener a sus afiliados al régimen de prima media con prestación definida, esto quiere decir que el deber de informar a la afiliada debería recaer únicamente al régimen de ahorro individual con solidaridad.

4.2.Apelación de PORVENIR S.A.

Presenta inconformidad con respecto el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia, considerando que condenar a PORVENIR S.A., y COLPENSIONES a sufragar costas en el presente proceso, bajo el soporte normativo del artículo 365 del Código General del Proceso y el acuerdo PASS 16-10554 del 5 de agosto de 2016 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, por lo que solicita que también se le condene en costas a COLFONDOS S.A., puesto que según el artículo primero de la normatividad en cita, establece en su tenor literal que, “ *se condenara en costas a la parte vencida en juicio o quien resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión del que se proponga, además en los casos previstos en este código*”, por lo que precisa, es menester poner de presente que si COLFONDOS S.A. no se opuso a ninguna de las pretensiones elevadas por la demandante, no es menos cierto que la decisión adoptada por el despacho fue desfavorable y adversa en su contra por lo que no tiene sentido exonerarlo de costas a la misma por el hecho de allanarse a las pretensiones.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad concedida en esta instancia para alegar, COLPENSIONES S.A y PORVENIR S.A presentaron sendos escritos

5.1. COLPENSIONES

Mediante apoderado judicial la demandada COLPENSIONES reafirmò lo manifestado en la sustentación de la primera instancia.

5.2. PORVENIR S.A. Considerò el apoderado de PORVENIR que:

“No le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con mi representada es eficaz.

Esta norma, claramente prevé que cuando existe: a) objeto o causa ilícita; b) omisión de alguno de los requisitos que prescriben las leyes para el valor de estos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan; c) cuando lo celebra una persona absolutamente incapaz, el negocio jurídico o el contrato está viciado de nulidad absoluta. Advierte esta misma disposición que, cualquier otra irregularidad produce una nulidad relativa.

De igual forma, el artículo 1598, expresa cuáles son los vicios del consentimiento, esto es, error, fuerza o dolo y en los artículos subsiguientes, se explican que se puede presentar; a)

error en la naturaleza del acto o negocio jurídico; b) sobre la identidad del objeto; c) en la calidad del objeto; d) o error en la persona. Así también, el artículo 1513, explica las nociones de fuerza, el 1515 del dolo, el 1517, del objeto ilícito, y el 1524 de la causa ilícita.

De otra parte, si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a lo expuesto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, sin consideración a que esta disposición, indica en forma expresa que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato.

Dicho esto, preciso es mencionar que, en este asunto NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARON NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO, pues obligatorio es mencionar que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

En el presente asunto, la parte demandante realizó cambio de régimen en 1998 con BBVA Horizonte S.A.-hoy Porvenir S.A.- de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario de afiliación con Porvenir S.A.

No se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y Porvenir S.A como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

6.2. Problema jurídico para resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: **(i)** si existe nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que hiciera la accionante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por omisión del fondo privado PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A, en darle una información completa, veraz, comprensible sobre las consecuencias negativas del mismo. **(ii)** De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado, determinaremos las consecuencia y efectos frente a los accionados; **(iii)** determinar la procedencia de condena en costas a cargo de los accionados.

6.3. Consagra la Constitución Política el derecho a la seguridad social, reglamentado a partir de la expedición de la ley 100 de 1993 e integrado por diversos sistemas, entre ellos el sistema general de pensiones, que se encuentra conformado por dos subsistemas, el de reparto o también denominado Régimen de prima media con prestación definida, otrora administrado por el extinto ISS hoy por COLPENSIONES, y el de capitalización conocido como Régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por particulares a través de fondos privados.

Acerca de las características de los dos sistemas y/o regímenes anunciados, precisó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-929 del 14 de febrero de 2018, radicación No. 47992, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, que *“En la de reparto, se proyecta la financiación a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones, que ingresan en un determinado periodo y que se distribuyen entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema y es lo que en Colombia se regula, en el caso de las pensiones, a través del **régimen de prima media con prestación definida**, De otro lado, la capitalización, se ampara en el mecanismo del ahorro, de manera que las cotizaciones de los afiliados permiten construir una reserva propia, que además se incrementa por razón de los intereses que recibe cada asegurado, y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para realizar la provisión de la pensión; en nuestro sistema jurídico presenta variados matices, dada la extensión de la referida solidaridad, que aunque limitada, se concreta en la garantía de pensión mínima y en los aportes al fondo de solidaridad social, figuras ambas del **régimen de ahorro individual**.*

Este nuevo sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha impuesto a las administradoras de los regímenes pensionales un doble carácter, como sociedades de servicios financieros y entidades de seguridad social, imponiéndoles deberes y obligaciones en aras de desempeñar sus funciones bajo la ética del servicio público, teniendo presente que su actuar debe estar revestido de buena fe y total transparencia, ofreciendo confianza a los usuarios que le

depositan sus ahorros; dentro de esos deberes cobra gran importancia el de información, cuyo objetivo es garantizar a los afiliados la toma de decisiones libre y voluntaria al momento de escoger entre los dos regímenes, siendo imperioso que se les dé a conocer las prestaciones que ofrecen, los requisitos para acceder a ellas, amén de las características, bondades y desventajas que pudieran brindarles cada uno de los regímenes pensionales -RAIS o RPM-, a fin de optar por el que más les convenga; por ello, ha destacado la Sala de Casación Laboral que en la medida en que el interesado tenga mayor conocimiento sobre todos los aspectos que rodean el sistema pensional y los regímenes que lo conforman, tendrá la posibilidad de poder tomar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse una real consentimiento libre y voluntario.

Sobre el tema pertinente es traer a colación lo expuesto por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, cuando en sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, Radicado 68838, MP Dra Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sostuvo:

“El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, 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).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de

suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”

Se ha sostenido igualmente que el deber de información no puede entenderse satisfecho con la simple suscripción de documentos o formularios contentivos de expresiones genéricas, por el contrario, se ha impuesto a las administradoras de pensiones el deber de acreditar que informaron documentalmente al afiliado de todas las circunstancias que podían rodear su expectativa e interés pensional, deber probatorio que encuentra su génesis en el artículo 1604 del CC, al prever que la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega. Al respecto se ha manifestado (SL-1689 de 2019):

“(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) *En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.*

(iii) *La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

(iv) *Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.*

Ante todo lo expuesto, debe decirse que en aplicación a las reglas probatorias sentadas en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral traída a colación, es un deber de la A.F.P explicar de manera detallada las consecuencias de la afiliación al régimen pensional, máxime cuando son notables las diferencias existentes en materia pensional en uno y otro régimen, por ejemplo, varían en cuanto a los requisitos para pensionarse, pues mientras el régimen de prima media exige una edad y número mínimo de semanas, el de ahorro individual puede pasar por alto ese requisito si lo ahorrado en la cuenta individual alcanza el mínimo exigido en la ley; y ahí surge la otra diferencia, en el régimen de ahorro individual con solidaridad se exige un monto de ahorro mínimo para alcanzar la pensión de vejez, mientras que en el régimen de prima media los aportes van a un fondo común y la pensión se alcanzará reunidos el mínimo de semanas y la edad exigidas, ente otras.

Pues bien, al remitirnos a las pruebas documentales arrimadas al proceso, detallamos el formulario de afiliación que suscribiera la demandante al fondo de pensiones HORIZONTE S.A -hoy PORVENIR S.A.- el día siete (07) de septiembre de 1998, el cual contiene la leyenda en formato pre-establecido por la entidad de que la afiliación la hace de forma libre, espontánea y sin presiones, pero del cual no puede extraerse la información que echa de menos el actor y la exigible en la ley para poderse establecer que se configuró el consentimiento informado. Asimismo, COLFONDOS en la contestación de la demanda no acredita que le brindó una información de fondo a la demandante al momento de hacer el traslado de fondo, aunado a que se allanó a las pretensiones de la demanda.

Téngase presente que la circunstancia de que la actora haya realizado traslado entre diversos fondos del RAIS, no incide en la nulidad por omisión del deber de información, porque precisamente la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado y/o afiliación, considerado en sí mismo.

Ahora bien, es pertinente reiterar es la misma Sala de Casación Laboral la que señala, en casos como este, la carga de la prueba se invierte y recae en el fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó a la demandante la información acerca de lo conveniente e inconveniente de su afiliación, así se plasmó en una de las sentencias hito sobre el tema que se analiza, la SL-12136 del 03 de septiembre de 2014, radicado 46292, con ponencia de la magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, donde señaló:

***“A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.*”**

(...)

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Por tanto, siendo deber legal de las administradoras y fondos de pensiones acreditar fehacientemente que brindaron la información clara, completa y veraz a la afiliada de las características, ventajas y desventajas que ofrecen los dos regímenes pensionales, deber que, dicho sea de paso, no demostraron haber cumplió los accionados, no puede pregonarse que el traslado que realizó el demandante lo fue bajo consentimiento informado, por lo que se torna acertada la decisión del A-Quo al declarar la nulidad del acto de traslado.

En cuanto a los efectos de la nulidad del traslado, ha sostenido la Sala de Casación Laboral que no es otro que la inexistencia del mismo, por lo que las circunstancias que rodean la afiliación de la actora al sistema pensional deben volver a su estado inicial, es decir, permanecer en el régimen de prima media como si nunca se hubiera surtido el traslado al RAIS, así se precisó, entre otras, en la SL-1689 del 08 de mayo de 2019:

“Se declarará la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, **bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD**”

6.4. COSTAS.

Frente a la inconformidad de la parte demandada PORVENIR S.A, en cuanto a la condena en costas impuestas en primera instancia por la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, y la exoneración que se hizo de las mismas a COLFONDOS, es imperioso indicar que el artículo 365 del C.G.P. prevé:

“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellas *en que haya controversia* la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1º Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.....”

8º Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Así, en el caso estudiado, aunque la parte vencida en el proceso lo fueron COLFONDOS S.A., COLPENSIONES Y PORVENIR, dentro del trámite surtido en ambas instancias COLFONDOS no se opuso a las pretensiones planteadas ni propuso excepciones de mérito, no planteo controversia frente a los argumentos de la parte actora, contrario a las actuaciones surtidas por los restantes demandados, lo que tornaba viable la condena a costas a cargo de estos últimos, es decir, COLPENSIONES y PORVENIR, quienes no solo se opusieron a las pretensiones sino que plantearon excepciones de mérito.

Y, como quiera que en el decurso de la alzada no hubo réplica de la parte actora, no se causan las costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en mérito de lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**

Radicado N°. 23-001-31-05-004-2020-00067-01 FOLIO 142-21

(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)

MONTERÍA, VEINTISÉIS (26) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas COLPENSIONES Y PORVENIR, por conducto de apoderado judicial, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia del 15 abril de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por OBERTO ENRIQUE MANJARRES FABRA, y la consulta por ser adversa a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora señor OBERTO ENRIQUE MANJARRES FABRA, se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por PORVENIR, efectuado el primero (01) de febrero de 1995. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se condene a PORVENIR S.A a trasladar los aportes en pensión, bono pensional, rendimientos y gastos de administración efectuados al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES. A su vez se condene a COLPENSIONES recibirlo como afiliado, así como los aportes que realizó en el RAIS, indexación de las condenas, costas y agencias en derecho.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime, de forma sucinta los siguientes hechos:

- Que el señor OBERTO ENRIQUE MANJARREZ FABRA estuvo afiliado en un primer momento al RPM administrado por Colpensiones, desde el 14 de agosto de 1991 hasta el 01 de febrero de 1995, realizando cotizaciones en materia pensional para dicha entidad. Posteriormente a partir del 2 de febrero de 1995 el demandante se traslada al RAIS administrado por el Fondo Privado de Pensiones y Cesantías PORVENIR, donde comienza a cotizar y a la fecha aún se encuentra afiliado y realizando aportes.

- Que el 10 de mayo de 2019 el actor solicitò a PORVENIR el valor actualizado del Bono Pensional, el número real de semanas cotizadas y el saldo que tenía en su cuenta de ahorro individual. A lo que en respuesta a su requerimiento mediante información por la Web de PORVENIR de fecha 10 de septiembre de 2019, le fue informado que el valor del bono pensional a la fecha es de \$35.572.884, que tiene un saldo en la cuenta individual de \$138.752.162 y un capital acumulado de \$174.325.046 millones de pesos, valor que le alcanzaría para obtener una pensión de vejez de 1 SMMLV; además de informarle que cuenta con 176 semanas cotizadas en Colpensiones y 1424 semanas cotizadas en PORVENIR.

- Que el señor OBERTO ENRIQUE MANJARREZ FABRA nació el 25 de julio de 1958 y cumple el requisito de la edad -62 años- el 25 de julio de 2020.

- Aduce el actor que al momento de efectuar el traslado del ISS al fondo privado PORVENIR, este último no le suministrò información veraz, oportuna, precisa, transparente, completa y comprensible de las consecuencias del traslado del RPM al RAIS, asegurándole además que se podía pensionar a cualquier edad y con una mesada pensional superior a la que pudiera recibir en Colpensiones. Aunado a ello, no le fue brindado información respecto al saldo real que debía tener en su cuenta de ahorro individual para obtener la pensión, induciéndolo así al error.

- Que al momento de efectuar la vinculación a PORVENIR, este no le dio a conocer las implicaciones y consecuencias reales del acto de traslado frente a las condiciones que exterioriza el Régimen de Prima media con prestación definida.

- El demandante presentó ante Colpensiones solicitud de traslado de régimen, mediante radicado N° 2013_7512238 de fecha 21 de octubre de 2013, agotando así la reclamación administrativa.

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito.

2.3.1. COLPENSIONES propuso 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, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, buena fe y prescripción*

2.3.2. PORVENIR propuso las excepciones de *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.*

2.3.3. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, y, en la última, se profirió la;

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante OBERTO ENRIQUE MANJARREZ FABRA declarando la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado que hiciera el demandante del RPM al RAIS el 01 de febrero de 1995, por considerar que la AFP PORVENIR no cumplió con su deber de brindar información veraz y completa al demandante frente a las ventajas y desventajas de la afiliación al régimen individual con solidaridad; como consecuencia de ello, declaró que el actor conserva la condición de afiliado al régimen de prima media con prestación definida; así mismo, declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A; y condenó a PORVENIR devolver a COLPENSIONES los valores que tenga en la cuenta individual del actor por cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, gastos de administración por la declaratoria de nulidad y/o ineficacia.

El Juez trae a colación varios precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral, tendientes a fundamentar la tesis de la teoría de la información documentada que adoptó, que desde el año 2008 ha mantenido una postura uniforme, quieta y pacífica, acerca de cuándo los Fondos de Pensiones omiten cumplir con su obligación de proporcionar una información completa al afiliado al momento de optar por el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y dejar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al cual venían

afiliados, a la cual ha denominado deber de información; amén de que corresponde al respectivo fondo demostrar que documentó al usuario de las bondades que implicaba el cambio de régimen pero en mayor medida, explicar a fondo los aspectos y detalles tanto de hecho y de derecho que podían impactar de forma negativa en el derecho pensional del usuario.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES

Arguye que, dada la naturaleza de la afiliación se está ante un acto o negocio jurídico que puede estudiarse bajo los parámetros del código civil, por lo que teniendo en cuenta que la afiliación del demandante a PORVENIR fue de manera libre y voluntaria, y al ser este un acuerdo de voluntades que solo involucra a las partes que intervinieron, Colpensiones fue ajena a esa circunstancia, por lo que se constituye un acto libre y voluntario por parte del afiliado de cambiarse de régimen sin que el fondo en que se encuentre afiliado pueda oponerse a la decisión adoptada.

Por otro lado, argumentó que el hecho de que el demandante no haya tenido ningún ánimo de querer realizar las gestiones tendientes a efectuar el traslado en los 25 años que estuvo afiliada al Régimen de Ahorro con Solidaridad, expresa la inclinación de la voluntad del actor por permanecer en el RAIS y que la declaratoria de la ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, toda vez que se le está imponiendo una carga a Colpensiones que no tiene que soportar dado que fungió como un tercero ajeno al acto de traslado, en consecuencia, se estaría colocando en peligro el derecho pensional de los demás afiliados.

Así mismo argumentó que al demandante le faltan menos de diez (10) años para pensionarse, por lo que se encuentra dentro de la prohibición legal para trasladarse de régimen. Por lo que solicita absolver a COLPENSIONES de costas, toda vez que en el transcurso del proceso actuó sin temeridad y buena fe, ya que no tuvo implicaciones al acto de traslado de la demandante.

4.2. Apelación de PORVENIR S.A

Muestra inconformidad con la condena, toda vez que manifiesta que el traslado efectuado fue válido, libre, voluntario y espontáneo por lo que carece de vicio de conocimiento, de igual

forma PORVENIR S.A. actuó conforme a los requisitos establecidos para la afiliación, ya que a la fecha de la realización del traslado las administradoras no tenían la obligación de dejar constancia escrita de las asesorías que se les brindaban a los posibles clientes. Se ratifica en el hecho de que PORVENIR S.A. cumplió con todas las exigencias legales que la ley imponía para la fecha en que se efectuó el traslado.

Así mismo plantea que, si bien es cierto que el derecho a la pensión es imprescriptible, la cuota de administración no hace parte del derecho pensional, como tampoco hace parte del capital que en un momento dado será el que financie la pensión de la parte demandante, por lo que sostiene se debe estudiar la prescripción de la cuota de administración.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Concedido el término de ley a las partes para presentar los alegatos de conclusión, acude a esta superioridad COLPENSIONES, donde argumenta lo siguiente:

“La afiliación es un acto formal mediante el cual una persona natural, vinculada laboralmente o no a un empleador, en forma libre y espontánea diligencia y entrega, debidamente firmado, a la entidad administradora de pensiones de su elección, el formulario establecido para el efecto, surgiendo así obligaciones legalmente definidas para el administrador como para el afiliado.

En este contexto, debemos recordar que en los términos de los literales b) y e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la selección de la administradora como del régimen compete única y exclusivamente al afiliado, sin que la administradora pueda negarse a aceptarlo si se dan las formalidades del caso, e incluso, el fondo de pensiones anterior, no puede negarse u oponerse al traslado a otra administradora.

Refiriéndonos a la selección del régimen, es claro que solo la voluntad del afiliado es la que determina cual régimen le resulta más atractivo, es decir, o el régimen de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, sin dejar de anotar que la selección del régimen, siendo parte de la manifestación de voluntad del afiliado, conlleva la aceptación de las condiciones establecidas para el respectivo régimen, tal como lo indica el art. 11 del Decreto 692 de 1994 (Decreto 1833 de 2016 art. 2.2.2.1.8) lo que denota el carácter adhesivo.

También hay que aclarar que el sistema de doble asesoría tan solo fue establecido recientemente por la Superintendencia Financiera al impartir instrucciones para que las administradoras adopten programas especiales dirigidos a los afiliados, y puedan tomar las decisiones que más le convengan, y por ello deben contactar a los afiliados que les falten 12 años para cumplir la edad de pensión y puedan verificar la conveniencia de un traslado de régimen antes que lleguen a la edad donde no sea posible por la prohibición que establece el art. 2 de la Ley 797 de 2003.

*Complemento de lo anterior, en lo que respecta con la selección de la administradora, es preciso recordar la posibilidad de ejercer la manifestación de **voluntad de retracto**, la cual está prevista en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994 (Decreto 1833 de 2016, artículo 2.2.2.2.1) y se puede ejercer dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se haya manifestado por escrito la correspondiente selección*

Ahora bien, en lo que responde a la selección de la administradora, claramente también, tanto para la afiliación inicial como al traslado entre administradora, tal acto debe obedecer a una decisión autónoma del afiliado, quien debe procurar conocer las implicaciones que su acto conlleve hacia el futuro mediano e inmediato.

Si en gracia de discusión se llegare a dar uno de estos eventos, debe ser la administradora de pensiones receptora del régimen de ahorro individual con solidaridad, la que soporte las consecuencias de la inexistencia, ineficacia o nulidad del acto o contrato de afiliación o traslado, y con ello, deberá asumir el pago de las prestaciones que generen la declaratoria de nulidad, es decir, en nuestro concepto, debería condenarse al Fondo Administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a otorgar los derechos y beneficios al afiliado, en la forma como le correspondería en el régimen de prima media con prestación definida, toda vez que como ya se advirtió, Colpensiones es un tercero ajeno, que no intervino en el acto jurídico que se originó con la suscripción del contrato de afiliación y/o traslado al fondo privado que administra el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Corolario de lo anterior, debe evidenciarse el hecho, que Colpensiones carece de responsabilidad alguna, y el fallo judicial no debería alcanzarlo en lo más mínimo, toda vez, que como se advierte en este caso en particular, el Actor no ejerció la facultad de retracto dentro del término de cinco (5) días siguientes a la celebración del respectivo contrato de afiliación o traslado, en la forma como lo establece el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994 (Decreto 1833 de 2016, artículo 2.2.2.2.1), y los lineamientos plasmados por la Superintendencia de Colombia en la forma como se señala en la Parte II, Título III, Capítulo I, numeral 3.3 de la Circular Básica Jurídica de dicha Entidad.

El artículo 334 de la Constitución Política, señala que “La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias en un marco de colaboración armónica”, en ese orden de ideas, es necesario que, dando prevalencia al interés general sobre el particular, se tomen las medidas pertinentes en búsqueda de la protección de los recursos que soportan el sistema pensional, conforme a los principios que rigen la Constitución Política, en la medida que el derecho a la seguridad social se encuentra atado al principio de sostenibilidad fiscal y estabilidad financiera del Estado.

En consecuencia, la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Analizando la demanda se puede observar que el señor Oberto Enrique Manjarrez Fabra inició en el RPMPD administrado por el ISS desde el 14 de agosto de 1991, en el mes de marzo de 1995 se trasladó al RAIS administrada por Porvenir, donde aún se encuentra vinculado realizando aportes en pensión, actualmente se refleja un total de 1.427 semanas cotizadas al sistema general de pensiones; debe señalarse que en la decisión libre y voluntaria tomada por el demandante no medió ningún tipo de autorización, consentimiento o injerencia de parte del ISS, hoy Colpensiones, hecho que permite concluir que la entidad no debe responder por un acto o negocio jurídico del cual no hizo parte ni es responsable por la decisión tomada por el actor de trasladarse al fondo privado de pensiones.

El demandante cuenta actualmente con 62 años de edad y se encuentra próximo a cumplir 67 en el mes de mayo de la presente anualidad, por lo que le es imposible cambiarse de régimen por mandato expreso de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; así mismo, es importante señalar que ni el Instituto de Seguro Social ni Colpensiones participaron en la decisión autónoma, libre y voluntaria de haberse trasladado de régimen, de modo que el negocio jurídico solamente afecta a las partes intervinientes en el mismo y no existe ningún elemento probatorio donde se evidencia vicio alguno del consentimiento al realizarse el acto de traslado.

Conforme lo previamente mencionado, es evidente que han pasado más de 3 años desde la fecha en la que se tuvo como surtida la vía administrativa, razón por la cual se encuentra vencido el término para solicitar lo pretendido en la demanda que nos ocupa, toda vez que para la fecha de presentación de la demanda habían pasado más de 6 años

Aunado lo anterior, es preciso señalar que la integridad de mi defendida está siendo vulnerada por los efectos de la sentencia a raíz de un acto o negocio jurídico del cual no hizo parte, tal como el traslado realizado por el demandante, razón por la cual se solicita a los Honorables Magistrados se revoque la sentencia en su totalidad y se absuelva a mi defendida de todas las condenas impuestas en la misma”.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: **(i)** si existe nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que hiciera el accionante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por omisión del fondo privado PORVENIR en darle una información completa, veraz, comprensible sobre las consecuencias negativas del mismo. **(ii)** De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado, determinaremos las consecuencia y efectos frente a los accionados. **(iii)** Determinar si opera la prescripción en el caso estudiado.

6.3. Nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen Pensional.

Consagra la Constitución Política el derecho a la seguridad social, reglamentado a partir de la expedición de la ley 100 de 1993 e integrado por diversos sistemas, entre ellos el sistema general de pensiones, que se encuentra conformado por dos subsistemas, el de reparto o también denominado Régimen de prima media con prestación definida, otrora administrado por el extinto ISS hoy por COLPENSIONES, y el de capitalización conocido como Régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por particulares a través de fondos privados.

Acerca de las características de los dos sistemas y/o regímenes anunciados, precisó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-929 del 14 de febrero de 2018, radicación No. 47992, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, que “*En la de reparto, se proyecta la financiación a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones, que ingresan en un*

determinado periodo y que se distribuyen entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema y es lo que en Colombia se regula, en el caso de las pensiones, a través del **régimen de prima media con prestación definida**, De otro lado, la capitalización, se ampara en el mecanismo del ahorro, de manera que las cotizaciones de los afiliados permiten construir una reserva propia, que además se incrementa por razón de los intereses que recibe cada asegurado, y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para realizar la provisión de la pensión; en nuestro sistema jurídico presenta variados matices, dada la extensión de la referida solidaridad, que aunque limitada, se concreta en la garantía de pensión mínima y en los aportes al fondo de solidaridad social, figuras ambas del **régimen de ahorro individual**.

Este nuevo sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha impuesto a las administradoras de los regímenes pensionales un doble carácter, como sociedades de servicios financieros y entidades de seguridad social, imponiéndoles deberes y obligaciones en aras de desempeñar sus funciones bajo la ética del servicio público, teniendo presente que su actuar debe estar revestido de buena fe y total transparencia, ofreciendo confianza a los usuarios que le depositan sus ahorros; dentro de esos deberes cobra gran importancia el de información, cuyo objetivo es garantizar a los afiliados la toma de decisiones libre y voluntaria al momento de escoger entre los dos regímenes, siendo imperioso que se les dé a conocer las prestaciones que ofrecen, los requisitos para acceder a ellas, amén de las características, bondades y desventajas que pudieran brindarles cada uno de los regímenes pensionales -RAIS o RPM, a fin de optar por el que más les convenga; por ello, ha destacado la Sala de Casación Laboral que en la medida en que el interesado tenga mayor conocimiento sobre todos los aspectos que rodean el sistema pensional y los regímenes que lo conforman, tendrá la posibilidad de poder tomar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse una real consentimiento libre y voluntario.

Sobre el tema pertinente es traer a colación lo expuesto por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, cuando en sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, Radicado 68838, MP Dra Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sostuvo:

“El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus

intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, 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).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”

Se ha sostenido igualmente que el deber de información no puede entenderse satisfecho con la simple suscripción de documentos o formularios contentivos de expresiones genéricas, por el contrario, se ha impuesto a las administradoras de pensiones el deber de acreditar que informaron documentalmente al afiliado de todas las circunstancias que podían rodear su expectativa e interés pensional, deber probatorio que encuentra su génesis en el artículo 1604 del CC, al prever que la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Así las cosas, la Ley 100 de 1993 ha impuesto deberes a las entidades que hacen parte del sistema de seguridad social en pensiones, siendo criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral el deber en cabeza de los fondos y administradores de pensiones de brindar una información veraz, completa, comprensible, acerca de las características que ofrecen cada uno de los regímenes pensionales que nacieron con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, es la misma Sala de Casación Laboral la que dispone, en casos como este, la inversión de la carga de la prueba, recayendo en el fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó a la demandante la información acerca de lo conveniente e inconveniente de su traslado de régimen, así se plasmó de vieja data en la SL-12136 del 03 de septiembre de 2014, radicado 46292, con ponencia de la magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, donde señaló:

“A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa.

(...)

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

En el sub exánime, del material probatorio allegado al proceso se evidencia que en la historia laboral generada por PORVENIR S.A, el 12 de marzo de 2021, da a conocer que el señor OBERTO ENRIQUE MANJARREZ FABRA cotizó 176.5 semanas al RPM, concretamente a Colpensiones (ISS) y 1328.2 al RAIS administrado por PORVENIR S.A; igualmente se infiere que las semanas cotizadas en el RAIS lo fueron a partir del mes de marzo de 1995. Lo anterior evidencia que en el presente asunto efectivamente existió traslado de régimen pensional por parte del accionante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP PORVENIR SA, demostrar que al momento del traslado del actor le ofreció toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS). No obstante, la AFP accionada no aporta ninguna prueba de la cual se observe que le dio información documental al accionante sobre las consecuencias negativas del citado traslado, no acredita haberle informado acerca del capital que tendría que reunir en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener pensión de vejez, ni la diferencia del monto de la mesada pensional entre ambos regímenes, Por lo tanto, ha de concluirse que la AFP PORVENIR no cumplió con su deber de dar información veraz y completa al demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIOÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

Obligación que también ha resaltado esta Sala en sentencias como la del 29 de octubre de 2019, emitida por la Sala Segunda de Decisión Civil Familia Laboral, dentro del proceso ordinario laboral identificado con radicado no. 23.001.31.05.004.2019-00035.01 folio 311-2019. MP Dr Marco Tulio Borja Paradas¹, en la que refirió:

“De acuerdo al literal B del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la escogencia del sistema general de pensiones por el afiliado es libre y voluntaria, empero esta libertad es cualificada, pues trátase de una libertad informada la cual comporta para la administradora de pensiones el deber de diligencia y cuidado en brindar al afiliado asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o traslado por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos y cartas atestando actuar con libertad y consciencia. En ese orden de ideas les asiste a las administradoras de pensiones la carga de probar todo lo anterior, puesto que conforme al artículo 1604 del código civil la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega, sobre el particular resultan pertinentes entre otras, las sentencias SL-19447 de 2019; SL-782 de 2018;

¹ Reiterada por ejemplo en sentencia del 22 de octubre de 2019 dentro del proceso radicado No. 23.001.31.05.004.2018-00325.01 FOLIO 302-2019. M.P. y en sentencia del 05 de abril de 2019 dentro de proceso radicado No. 23.001.31.05.004.2018-00192.01 FOLIO 097-2019, por la Sala Segunda del Tribunal, que preside el mismo magistrado.

SL-12136 de 2014, SL- del 21 de noviembre de 2011 radicación 33083 y sentencia del 09 de septiembre de 2008 radicación 31989.

En el caso, solo está acreditada la suscripción de la demandante de los formatos de vinculación o traslado, empero no hay prueba alguna de que esa libertad haya sido una libertad informada, esto es, haya sido resultado de la asesoría con las características y dimensiones atrás señaladas, por consiguiente, hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS.

(...)

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3. del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así las cosas, la omisión del deber de información por parte de PORVENIR llevan a la Sala a declarar la ineficacia del traslado de régimen que hiciera el demandante el primero (01) de febrero de 1995, cuyos efectos fueron citados en la sentencia SL-1689 del 08 de mayo de 2019, así:

“Se declarará la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD”

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, al tenerse que el demandante nunca se afilió al RAIS, resulta acertado

ordenar a la AFP PORVENIR SA trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual del actor en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si los hubiere, ello por cuanto dispone la ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que ella prevé.

Sobre este tópico manifestó la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 4609 de 2021, MP LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ que:

“Por tanto, para el afiliado, la permanencia en el régimen que escoja libremente se convertirá en la causa directa de los recursos disponibles con que cuente en el futuro para afrontar el retiro laboral y las consecuencias económicas de las necesidades que acompañan a la vejez, proceso en el que es parte fundamental su administradora de pensiones.

En ese sentido, reiteró la Corte en sentencia CSJ SL4806-2020, que habrá ineficacia de la afiliación: De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

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

Así mismo, acertó el fallador de primera instancia al ordenar a COLPENSIONES recibir al actor como afiliado a dicho régimen (prima media con prestación definida), por cuanto, así como no se requirió que esa administradora interviniera en la decisión de traslado, tampoco se requiere su autorización para la declaratoria de nulidad y/o ineficacia, y el retorno al régimen de prima media, que es efecto de aquella.

Por otra parte, respecto a la prescripción planteada por los accionados, es pertinente citar lo expuesto en la citada sentencia SL-1689 del 2018, donde la M.P. Dra CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, expuso:

“En conclusión: la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los

derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)”.

Amén de lo anterior, mal podría pregonarse la prescripción de las cuotas de administración en los términos planteados por PORVENIR, pues si atendemos los efectos de la ineficacia declarada, cual es que nunca se dio el traslado de régimen del actor y, por el contrario, este siempre permaneció afiliado al régimen de prima media con prestación definida, habría de concluirse que tampoco se genera el derecho de la AFP de realizar el cobro de las cuotas de administración, las cuales surgen precisamente del vínculo que pudiera existir entre este y el afiliado; sobre este aspecto es oportuno citar la autoridad de la Sala de Casación Laboral cuando en sentencia SL2877-2020 precisó:

“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.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP”.

Finalmente, se duele COLPENSIONES de la condena en costas impuestas en primera instancia, no obstante, acorde con lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del CGP, atendiendo a que dicha administradora se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones de mérito, obteniendo decisiones desfavorables, acertada resulta la condena en costas impuestas por el A-Quo.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que fue acertada la decisión tomada por el fallador de primera instancia y por ello habrá de confirmarse la sentencia apelada.

6.4. COSTAS.

Finalmente, no se impondrán costas en esta instancia por cuanto no hubo réplica de la parte demandante.

VII. DECISIÓN.

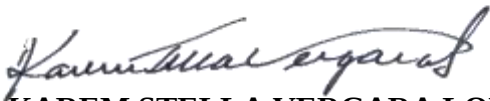
En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en mérito de lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE**KAREM STELLA VERGARA LOPEZ****Magistrada****CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA**
Magistrado**PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ**
Magistrado

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**

Radicado N°. 23 001 31 05 004 2019-00089-01- Folio 167-21

(Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual)

MONTERÍA, VEINTISÉIS (26) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNOS (2021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES, como el grado jurisdiccional de consulta de la segunda, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia el siete (07) de mayo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por OSWALDO ENRIQUE RODRÍGUEZ SANCHEZ contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP), PORVENIR S.A, integrado a la litis la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora OSWALDO ENRIQUE RODRÍGUEZ SANCHEZ, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por PORVENIR S.A.; en consecuencia, se CONDENE al fondo de ahorro individual con solidaridad PORVENIR a trasladar los aportes en pensión y sus rendimientos efectuados por el accionante al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones. Asimismo, se ordene a Colpensiones recibir como afiliado al señor OSWALDO ENRIQUE RODRÍGUEZ

SANCHEZ, además de los aportes efectuados al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime, de forma sucinta, que:

- Labora en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF- desde el mes de agosto del año 1986 hasta la actualidad, desempeñando el cargo de TECNICO ADMINISTRATIVO, devengando un salario de dos millones cuatrocientos setenta y seis pesos.

- Desde que inició a laborar se afilió y cotizó al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Cajanal, hoy por Colpensiones.

- El ISS, hoy Colpensiones, autorizó al actor un traslado al RAIS, más específicamente al fondo PORVENIR S.A., no obstante al momento de esa afiliación indujeron en error al actor, ya que no le brindaron información adicional respecto al monto pensional y el capital que debía ahorrar para disfrutar de una pensión, omitiendo el deber de buen consejo respecto del fondo al que le convenia afiliarse

- PORVENIR S.A. omitió brindar al accionante una información clara, precisa y concreta de las consecuencias negativas que acarrearía el traslado de régimen pensional, al punto que, al momento de trasladarse de régimen se desmejoró ostensiblemente su derecho pensional.

- El actor presentó solicitud de traslado y reconocimiento de su pensión de vejez ante la UGPP el seis (06) de febrero de 2019, obteniendo respuesta el diecinueve (19) de febrero del 2019, entre otras cosas, informando que esa entidad no administraba régimen de prima media.

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma, las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito.

2.3.1. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP) se opuso a las pretensiones de la demanda proponiendo las siguientes excepciones de mérito: *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación por improcedencia del derecho pretendido, prescripción trienal, buena fe*. Propuso además la excepción previa de falta de integración de litisconsorcio necesario, que llevó a la vinculación al proceso de COLPENSIONES.

2.3.2. PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las siguientes excepciones de mérito: *falta de causa para pedir, buena fe, prescripción general de la acción judicial, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación*.

2.3.3. COLPENSIONES propuso las excepciones de *inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, buena fe, prescripción*.

2.3.4. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, y, en la última, se profirió la;

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante, declarando la nulidad o ineficacia del acto de traslado efectuado por el señor OSWALDO ENRIQUE RODRÍGUEZ SÁNCHEZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la sociedad PORVENIR S.A. el día 1° de julio de 1999, lo anterior al considerar que la accionada PORVENIR S.A no acreditó que el traslado de fondo del accionante fue voluntario, ya que no se encuentran los requisitos jurídicos que comporta el sistema general de pensión, en el evento concreto en el cual el régimen de ahorro individual con solidaridad le es menos favorable a su expectativa pensional respecto a la que puede otorgarle el régimen de prima media con prestación definida, la cual quebranta sus garantías constitucionales fundamentales e irrenunciables a la seguridad social.

Considerò el fallador de primera instancia que a través de la teoría de la información documental o de la formación profesional, la AFP accionada tenía el deber de (i) informar al afiliado sobre las implicaciones del traslado de un régimen a otro sobre su derecho pensional en cuanto a los requisitos y eventual monto de la mesada pensional, (ii) el deber de desanimar si es necesario al potencial afiliado en consideración a los perjuicios que puede traer el cambio de régimen pensional, (iii) documentar al usuario sobre todo aquello que afecte su derecho pensional frente a un cambio de régimen, (iv) que la sola manifestación de haberse efectuado el cambio voluntariamente o de haberse diligenciado una minuta o formulario de traslado, no surten efectos, si con ellos se irrogan perjuicios o afectaciones al respectivo afiliado o usuario.

En consecuencia, se ordenò a la Administradora de Fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual –PORVENIR S.A., que de manera inmediata, proceda a realizar la devolución de los aportes, rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual del demandante señor OSWALDO ENRIQUE RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, debidamente indexados o actualizados con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, regentado por COLPENSIONES. Se condenò en costas a las entidades accionadas COLPENSIONES y PORVENIR.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES.

Arguye que, esta se encuentra en un acto de negocio jurídico de traslado del que el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, hoy COLPENSIONES, no tuvo participación alguna dentro del traslado de régimen del demandante; asimismo, indica, revisada la historia laboral del demandante no se avizora que el mismo se encontró afiliado al ISS – Colpensiones. Manifiesta es PORVENIR quien debe sufrir los efectos del acto de traslado y no COLPENSIONES, por lo que considera es PORVENIR quien debe conceder la pensión al demandante brindándole los mismos beneficios que tendría en COLPENSIONES.

Destacò que el afiliado pertenecía a Cajanal y luego se afilio a HORIZONTES S.A, hoy PORVENIR S.A, por lo que pertenece al régimen de prima media, màs nunca estuvo afiliado al ISS, y si bien se accede a la nulidad, no sería entonces COLPENSIONES a quien le correspondiera brindar los beneficios a los que habría lugar en el régimen de prima media,

sino podría estudiarse la posibilidad de que sea la misma UGPP, como es el caso de la demanda por tratarse de una persona que estuvo afiliada a Cajanal.

Anuncia que el demandante pretende afiliarse al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES de manera que lo hace a destiempo encontrándose ya a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, por lo que se itera que por mandato de la ley 797 del 2003 le es imposible al demandante trasladarse de régimen pensional, es decir, por vía administrativa no era posible que COLPENSIONES accediera a esta pretensión.

4.2. Apelación de PORVENIR S.A.

Presenta inconformidad por cuanto, si bien la sentencia està estructurada en el lineamiento que ha venido teniendo la Corte Suprema de Justicia desde el 2008 en adelante, no es menos cierto que en el país se instaurò desde la expedición de la ley 100 de 1993, unos regímenes que conllevan un antes y un después.

A partir de la ley 100 que creo el nuevo sistema de seguridad social fue clara y precisa cuando en el artículo 12, creo 2 régimen pensionales que son independientes pero que coexisten, un régimen de solidaridad de prima media con prestación definida y un régimen de ahorro individual con solidaridad, y el legislador en su sabiduría crea una libertad de afiliación sin ningún condicionamiento en el artículo 13, cuando fija las características del régimen donde se predica que el afiliado es libre de escoger el régimen al que desee permanecer. Así las cosas, el legislador no creo condición solo la voluntad del afiliado, el cual debe constar su manifestación por escrita.

Frente al derecho pensional que conlleva a considerar que no hay prescripción en esta acción, también existe una motivación tanto a las normas del derecho civil como a las normas del derecho procesal y al sustantivo laboral, porque la ley civil establece un término de 4 años para implementar las acciones en contra de los actos jurídicos y si nos vamos por la vía del derecho procesal laboral o el sustantivo, se establecen 3 años en cualquiera de las dos cuerdas procesales en que se miren las acciones para atacar ese acto jurídico, pero lo asocian al derecho pensional y frente a ese acto no se está debatiendo ni se está dejando entredicho el derecho a la pensión de vejez.

Sobre la pretensión de devolución de saldos, el juzgado acatando precedentes judiciales se va más allá en una forma ultra petita, desbordando los alcances del artículo 50 del C.P.T., que consagra dicha facultad para que el juez de instancia declare en favor del trabajador el reconocimiento de salarios y de prestaciones no pedidas que se prueben dentro del proceso, que para el presente caso se decreta además de los aportes al sistema pensional, se devuelvan los gastos de administración.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad concedida en esta instancia para alegar, las accionadas plantearon lo siguiente:

5.1. ALEGATOS DE COLPENSIONES S.A

“El acto de afiliación o traslado, se constituye en un contrato, que se define como el acuerdo de voluntades que tiene por objeto, crear, modificar o extinguir obligaciones, tal como se lee y se interpreta para este caso en particular del art. 1495 del Código Civil, que indica que el contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. En este sentido, la afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico reglado legalmente, mediante el cual una persona natural, llamado afiliado, en ejercicio de la libre expresión de su voluntad y mediante el diligenciamiento de un formulario especial, escoge la administradora de pensiones y el régimen pensional, surgiendo a partir de este momento obligaciones recíprocas tanto para el como para la administradora a la cual se vincula.

En consecuencia, la afiliación se puede considerar como una relación jurídica legal o como un contrato con particularidades propias, dadas fundamentalmente por un marco legal que rige todos sus aspectos, incluido el desenvolvimiento obligacional de los sujetos involucrados, como también constituye un mecanismo legalmente previsto para acceder a la protección y a las prestaciones del sistema general de pensiones, a través de sus operadores, con quien se traba una relación bajo un marco normativo que lo regula. Es importante anotar que en nuestro sistema no hay un acto administrativo a través del cual la autoridad estatal competente tramite y acepte la afiliación, o lo que es lo mismo, reconozca la condición de una persona como formalmente incluida en el sistema general de pensiones, lo cual implica que sea la administradora escogida por la persona la que lleve a cabo, mediante la revisión del formulario de afiliación y su aceptación una función de carácter público que implícitamente se le ha delegado.

Refiriéndonos a la selección del régimen, es claro que solo la voluntad del afiliado es la que determina cual régimen le resulta más atractivo, es decir, o el régimen de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, sin dejar de anotar que la selección del régimen, siendo parte de la manifestación de voluntad del afiliado, conlleva la aceptación de las condiciones establecidas para el respectivo régimen, tal como lo indica el art. 11 del Decreto 692 de 1994 (Decreto 1833 de 2016 art. 2.2.2.1.8) lo que denota el carácter adhesivo. También hay que aclarar que el sistema de doble asesoría tan solo fue establecido recientemente por la Superintendencia Financiera al impartir instrucciones para que las administradoras adopten programas especiales dirigidos a los afiliados, y puedan tomar las decisiones que más le convengan, y por ello deben contactar a los afiliados que les falten 12 años para cumplir la edad de pensión y puedan verificar la conveniencia de un traslado de

régimen antes que lleguen a la edad donde no sea posible por la prohibición que establece el art. 2 de la Ley 797 de 2003.

(...)

No es menos importante señalar que, en desarrollo de los fines esenciales del Estado Colombiano, las instituciones que lo conforman deben propender hacia la salvaguarda de los principios y valores constitucionales conforme a lo dispuesto en la Carta Política, la Ley y los Convenios Internacionales suscritos por aquel. El Artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, señala: “El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.” Por consiguiente, el artículo 48 de la Constitución Política, estableció dos dimensiones de la seguridad social; por un lado, la concibió como un derecho constitucional fundamental; y, por el otro, como un servicio público de carácter obligatorio el cual se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en aras a la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros.

El artículo 334 de la Constitución Política, señala que “La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias en un marco de colaboración armónica”, en ese orden de ideas, es necesario que, dando prevalencia al interés general sobre el particular, se tomen las medidas pertinentes en búsqueda de la protección de los recursos que soportan el sistema pensional, conforme a los principios que rigen la Constitución Política, en la medida que el derecho a la seguridad social se encuentra atado al principio de sostenibilidad fiscal y estabilidad financiera del Estado. En consecuencia, la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Analizando la demanda se puede dilucidar, que el señor OSWALDO ENRIQUE RODRIGUEZ SANCHEZ, inició en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que administraba el ISS, hoy Colpensiones, luego se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A., no obstante debe señalarse que en la decisión libre y voluntaria tomada por el Demandante no medió ni autorización ni consentimiento por parte de Colpensiones, hecho que permite concluir que la Entidad no debe responder por un acto o negocio jurídico del cual no ha hecho parte, ni es responsable de la decisión tomada por el Fondo Privado de Pensiones.

El demandante en la actualidad cuenta con 60 años de edad cumplidos, por lo que le es imposible cambiarse de Régimen, por mandato expreso de la Ley 797 de 2003, que modificó al artículo 13 de la ley 100 de 1993; así mismo es importante señalar que ni el Instituto de Seguro Social ni Colpensiones participaron en la decisión autónoma, libre y voluntaria de haberse trasladado de régimen, de modo que el negocio jurídico solamente afecta a las partes intervinientes en el mismo y no existe ningún elemento probatorio donde se evidencia vicio alguno del consentimiento al realizarse el acto de traslado. Aunado lo anterior, es preciso señalar que la integridad de mi defendida está siendo vulnerada por los efectos de la sentencia a raíz de un acto o negocio jurídico del cual no hizo parte”.

5.2. ALEGATOS DE LA UGPP

“... como bien lo consideró el juez de la primera instancia, la UGPP carece de legitimación para responder por las pretensiones incoadas en el líbello las cuales son competencia de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, que es la entidad que conforme con las normas vigentes y la nulidad del acto de traslado declarado en la sentencia, debe afiliar al

demandante al Régimen de Prima Media así como recibir de parte de la AFP Porvenir S.A. los aportes realizados y sus correspondientes rendimientos.

A fin de sustentar la anterior postura, recordemos que la Corte Suprema de Justicia al igual que los demás altos tribunales han reiterado el concepto de legitimación en la causa como “la posibilidad de que una persona formule o controvierta las pretensiones contenidas en la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida en el proceso. pretensiones de la demanda por ser el sujeto de la relación jurídica sustancial, así existe legitimación en la causa por activa cuando hay una identidad del demandante con ser el titular del derecho subjetivo, es decir, quien está legitimado para reclamarlo y existe legitimación en la causa por pasiva, cuando hay identidad entre el demandado con ser el sujeto que debe satisfacer el derecho”.

De conformidad a la jurisprudencia citada con precedencia, es claro que la legitimación en la causa por pasiva, es la capacidad jurídica y procesal de la parte demandada para comparecer en juicio, es decir, la parte demandada debe ser la persona natural o jurídica que conforme a la ley sustancial, está legitimada para discutir, oponerse o contradecir una o varias pretensiones del demandante, y eventualmente la llamada a responder por los derechos que en el proceso se le reconozcan a quien acciona, circunstancias que como se halló en la sentencia apelada no se configuran en el caso que nos ocupa.

Pues bien, a fin de confirmar que en efecto la UGPP no es la entidad llamada a responder por las condenas que se pudieran derivar del presente litigio, traigamos a colación el artículo segundo del Decreto 575 de 2013, en el cual se establece el objeto con el cual fue creada dicha entidad:

“Artículo 2°. Objeto. En los términos establecidos por el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Ley 169 de 2008, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP tiene por objeto reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional o de las entidades públicas del orden nacional que se encuentren en proceso de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad por quien la esté desarrollando. Así mismo, la entidad tiene por objeto efectuar, en coordinación con las demás entidades del Sistema de la Protección Social, las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social, así como el cobro de las mismas.”

De lo anterior es dable extraer que a nuestra poderdante no le fueron asignadas funciones propias de una Administradora de Fondo de Pensiones, en consecuencia, no está habilitada para administrar recursos provenientes del Sistema General de Pensiones, hacer traslados de saldos, aprobar traslados de regímenes pensionales, y demás obligaciones que son reguladas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Por otra parte, se observa que la Ley 100 de 1993 en su artículo 52 expresamente estipuló que la entidad a cargo de administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida sería el ISS hoy COLPENSIONES.....

(...)

Posteriormente encontramos el Decreto 4121 de 2011, “Por el cual se cambia la naturaleza jurídica de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones”, en el cual se estatuyeron el objeto y funciones de la entidad en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2o. OBJETO. De conformidad con el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, hace parte del Sistema General de Pensiones y tiene por objeto la administración estatal del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las prestaciones especiales que las normas legales le asignen, y la administración del Sistema de Ahorro de Beneficios Económicos Periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, en los términos que determine la Constitución y la ley, en su calidad de entidad financiera de carácter especial.

(...)

ARTÍCULO 5o. FUNCIONES. Además de las funciones señaladas en la legislación vigente, como consecuencia del cambio de naturaleza jurídica, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, cumplirá las siguientes:

1. Administrar en forma separada de su patrimonio los recursos correspondientes al régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con la ley.

4. Realizar las operaciones de recaudo, pago y transferencias de los recursos que deba administrar. Para este efecto, podrá hacerlo directamente o por medio de terceros, asociándose, celebrando acuerdos de colaboración empresarial, efectuando convenios o contratando con instituciones financieras o sociedades que presten servicios de administración de redes de bajo valor. También podrá realizar estas operaciones directamente de acuerdo con las normas vigentes, siempre y cuando demuestre que está en condiciones de hacerlo a costos inferiores que los que encuentre en el mercado

De lo anterior, se evidencia con plena certeza y sin asomo de duda que la entidad llamada asumir la afiliación de la demandante es COLPENSIONES y no la UGPP, tal como lo concluyó el juez de instancia de los objetos y funciones que legalmente fueron asignados a cada entidad.

Finalmente, es de señalar que, con posterioridad al 12 de junio de 2009, fecha en la cual se decretó la liquidación de la extinta Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, los afiliados cotizantes a dicha Caja, fueron trasladados de manera masiva al Régimen de Prima Media del Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 2196 de 2009:

“ARTÍCULO 4o. DEL TRASLADO DE AFILIADOS. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS. Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado.”

Por lo que, aun cuando se considere que con anterioridad al traslado del RPM al RAIS por parte del demandante, este hubiese estado afiliado a la CAJANAL; ello no implica que deba ser nuestra poderdante la obligada a recepcionar su afiliación como quiera que desde el 30 de junio de 2009 todos los afiliados de esta entidad fueron trasladados masivamente al extinto ISS hoy COLPENSIONES, hecho que refuerza lo dicho hasta ahora referido a la ausencia de competencias de nuestra poderdante para recibir sus cotizaciones”.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: **(i)** si existe nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que hiciera el accionante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por omisión del fondo privado PORVENIR S.A, en darle una información completa, veraz, comprensible sobre las consecuencias negativas del mismo. **(ii)** De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado, determinaremos las consecuencias y efectos frente a los accionados. **iii)** si el traslado invocado se encuentra afectado por prescripción.

6.3. Nulidad y/o ineficacia de afiliación al régimen pensional.

Consagra la Constitución Política el derecho a la seguridad social, reglamentado a partir de la expedición de la ley 100 de 1993 e integrado por diversos sistemas, entre ellos el sistema general de pensiones, que se encuentra conformado por dos subsistemas, el de reparto o también denominado Régimen de prima media con prestación definida, otrora administrado por el extinto ISS hoy por COLPENSIONES, y el de capitalización conocido como Régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por particulares a través de fondos privados.

Acerca de las características de los dos sistemas y/o regímenes anunciados, precisó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-929 del 14 de febrero de 2018, radicación No. 47992, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, que *“En la de reparto, se proyecta la financiación a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones, que ingresan en un determinado periodo y que se distribuyen entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema y es lo que en Colombia se regula, en el caso de las pensiones, a través del **régimen de prima media con prestación definida**, De otro lado, la capitalización, se ampara en el mecanismo del ahorro, de manera que las cotizaciones de los afiliados permiten construir una reserva propia, que además se incrementa por razón de los intereses*

*que recibe cada asegurado, y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para realizar la provisión de la pensión; en nuestro sistema jurídico presenta variados matices, dada la extensión de la referida solidaridad, que aunque limitada, se concreta en la garantía de pensión mínima y en los aportes al fondo de solidaridad social, figuras ambas del **régimen de ahorro individual**.*

Este nuevo sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha impuesto a las administradoras de los regímenes pensionales un doble carácter, como sociedades de servicios financieros y entidades de seguridad social, imponiéndoles deberes y obligaciones en aras de desempeñar sus funciones bajo la ética del servicio público, teniendo presente que su actuar debe estar revestido de buena fe y total transparencia, ofreciendo confianza a los usuarios que le depositan sus ahorros; dentro de esos deberes cobra gran importancia el de información, cuyo objetivo es garantizar a los afiliados la toma de decisiones libre y voluntaria al momento de escoger entre los dos regímenes, siendo imperioso que se les dé a conocer las prestaciones que ofrecen, los requisitos para acceder a ellas, amén de las características, bondades y desventajas que pudieran brindarles cada uno de los regímenes pensionales -RAIS o RPM-, a fin de optar por el que más les convenga; por ello, ha destacado la Sala de Casación Laboral que en la medida en que el interesado tenga mayor conocimiento sobre todos los aspectos que rodean el sistema pensional y los regímenes que lo conforman, tendrá la posibilidad de poder tomar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse una real consentimiento libre y voluntario.

Sobre el tema pertinente es traer a colación lo expuesto por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, cuando en sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, Radicado 68838, MP Dra Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sostuvo:

“El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, 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).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”

Se ha sostenido igualmente que el deber de información no puede entenderse satisfecho con la simple suscripción de documentos o formularios contentivos de expresiones genéricas, por el

contrario, se ha impuesto a las administradoras de pensiones el deber de acreditar que informaron documentalmente al afiliado de todas las circunstancias que podían rodear su expectativa e interés pensional, deber probatorio que encuentra su génesis en el artículo 1604 del CC, al prever que la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Sobre este tópico se precisò en la sentencia SL-4803-2021 lo siguiente:

“La sentencia CSJ SL1688-2019, efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que desde el comienzo mismo del funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las Administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CN, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto.

En la providencia citada en precedencia, se presenta un cuadro-resumen de la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así las cosas, el entendimiento de la Corte respecto del tipo o clase de información con la cual se cumplía el mentado deber se acompasa con la dinámica legislativa y reglamentaria que siempre quiso poner en cabeza de las administradoras de pensiones tal

previsión, la de brindar información, no de cualquier calidad sino calificada, dada la complejidad técnica del tema y las incidencias que una decisión de ese calibre podría llegar a tener en la vida de un trabajador.

En ese orden, para la época en que se produjo el traslado de la actora del ISS a Colfondos, esto es el año 1995, se encontraban vigentes no sólo el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 y el artículo 271 de la misma preceptiva, ya citados, sino, además, el art. 97, numeral 1. ° del Decreto 663 de 1993, en su versión original, que disponía: «1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», además de las normas constitucionales que gobiernan el derecho a la información, razón por la cual la Sala dedujo de allí que en ese momento competía a las AFP suministrar ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Por ello se ha sostenido que existe toda una batería normativa de carácter especial que reguló la materia en cuanto a la afiliación en seguridad social en pensiones, y la calidad y oportunidad de la información suministrada por parte de las AFP que debe precederla, lo cual concatena, además, con el argumento ya pacífico en la Sala, de que en estos casos hay inversión de la carga de la prueba, en favor del afiliado, como se explicó, entre otras, en la misma providencia que se viene citando”

En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros. (CSJ SL1688-2019)”.

Al remitirnos a las pruebas documentales arrojadas al proceso, detallamos el formulario de afiliación que suscribiera el demandante al fondo de pensiones HORIZONTE S.A, hoy PORVENIR S.A. adiado 4 de mayo de 1999, el cual contiene la leyenda en formato pre-establecido por la entidad de que la afiliación la hace de forma libre, espontánea y sin presiones, pero del cual no puede extraerse la información que echa de menos el actor y la exigible en la ley para poderse establecer que se configuró el consentimiento informado.

Por tanto, siendo deber legal de las administradoras y fondos de pensiones acreditar fehacientemente que brindaron la información clara, completa y veraz al afiliado de las características, ventajas y desventajas que ofrecen los dos regímenes pensionales -RPM y RAIS, deber que no demostró haber cumplió en el sub examine PORVENIR S.A., no puede pregonarse que el traslado que realizó el demandante lo fue bajo consentimiento informado.

Ahora bien, se indica en la alzada que la parte actora se afiliò inicialmente al régimen de prima media administrado por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÒN SOCIAL, entidad que fuera liquidada y por ello, considera COLPENSIONES, las consecuencias del traslado deben ser asumidas por la UGPP, siendo oportuno citar lo expuesto en la SL4175-2021, MP Dr Luis Benedicto Herrera Dìaz, donde sobre el tema se anunció:

“Ahora bien, en lo que corresponde al recurso de apelación interpuesto por la demandante, específicamente respecto de la solicitud de establecer a cuál de las dos entidades públicas demandadas - Colpensiones - UGPP - le corresponde recibir y administrar los aportes que traslade Porvenir S.A. al régimen de prima media con prestación definida como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia, más que ser un reparo a lo desfavorable de la decisión, como se menciona en la misma sustentación del recurso, es una aclaración que la apoderada solicita al Tribunal respectos de los ordinales 2°. y 3°. de la sentencia, al parecer por las dudas que le suscita el artículo 34 del decreto 692 de 1994, al quedar Cajanal (hoy la UGPP) autorizada para administrar el régimen de prima media con prestación definida con relación a las personas que estuvieron afiliadas al 31 de marzo de 1994, situación en que se halla la actora.

Al respecto, es oportuno aclarar que, si bien con la expedición de la Ley 100 de 1993 quedaron algunas entidades autorizadas para administrar el régimen de prima media con prestación definida como Cajanal, una vez liquidadas, no es pertinente que la entidad que la sustituyó en el pago de las pensiones (UGPP) quede obligada a recibir afiliados cuando su objeto está más orientado al pago de las obligaciones pensionales de las entidades liquidadas, contrario a Colpensiones quien funge como la entidad principal del sistema que tiene a su cargo la administración del régimen de prima media.

Al respecto, sobre este mismo aspecto la sentencia CSJ SL2208-2021, precisó:

Finalmente, y a modo de ilustración, a fin de darle respuesta a la opositora Colpensiones frente al reparo relativo a que la eventual llamada a responder por la aceptación o no de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional es la UGPP, se advierte que uno de los objetivos de la Ley 100 de 1993 fue unificar los regímenes pensionales existentes en el sector privado y en el público.

Como se sabe, el manejo de este último estaba a cargo del sistema de previsión social en el que existía una caja básica que financiaba las pensiones por medio del reparto simple, es decir, que las pensiones se reconocían con el cumplimiento la edad y el tiempo de servicio, y con conocimiento anticipado acerca del monto de la prestación, que era pagada por el fondo común denominado caja de previsión social, tal como ahora lo ejerce el RPMPD a través de Colpensiones.

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida.

Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley.

De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones.

Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 -artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciera efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP.

Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente –Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011).

A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras».

Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta

última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias.

Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia.

Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Acorde con lo expuesto en precedencia, no queda duda que atendiendo los efectos de la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al RAIS por omisión del deber de información por parte de PORVENIR, cual es que nunca se dio el traslado y todo vuelve a su estado inicial, es indudable que la parte accionante debe tenerse como afiliada únicamente al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto debe ser recibida como afiliada a la administradora COLPENSIONES por ser quien administra el mismo, aunado a que al momento en que se trasladó al RAIS, e incluso a la fecha de liquidación de CAJANAL, no tenía derecho a la pensión consolidado.

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, al tenerse que la demandante nunca se afilió al RAIS, resulta acertado ordenar a la AFP PORVENIR SA trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual de la actora en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si los hubiere, ello por cuanto dispone la ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que ella prevé.

Sobre este tópico manifestó la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 4609 de 2021, MP LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ que:

“Por tanto, para el afiliado, la permanencia en el régimen que escoja libremente se convertirá en la causa directa de los recursos disponibles con que cuente en el futuro para afrontar el

retiro laboral y las consecuencias económicas de las necesidades que acompañan a la vejez, proceso en el que es parte fundamental su administradora de pensiones.

En ese sentido, reiteró la Corte en sentencia CSJ SL4806-2020, que habrá ineficacia de la afiliación: De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

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

Así mismo, acertó el fallador de primera instancia al ordenar a COLPENSIONES recibir a la actora como afiliada a dicho régimen (prima media con prestación definida), por cuanto, así como no se requirió que esa administradora interviniera en la decisión de traslado, tampoco se requiere su autorización para la declaratoria de ineficacia y el retorno al régimen de prima media, que es efecto de aquella.

En cuanto a la prescripción propuesta como excepción por COLPENSIONES, reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral que la ineficacia no se afecta por dicho fenómeno, bajo los argumentos expuestos, entre otros, en la SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde se dijo:

“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”

(...)

“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”.

Finalmente, se duele COLPENSIONES de la condena en costas impuestas en primera instancia, no obstante, acorde con lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del CGP, atendiendo a que dicha administradora se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones de mérito, obteniendo decisiones desfavorables, acertada resulta la condena en costas impuestas por el A-Quo.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que fue acertada la decisión tomada por el fallador de primera instancia y por ello habrá de confirmarse la sentencia apelada.

6.4. COSTAS.

Como quiera que el recurso de alzada le fue adverso a los apelantes, no obstante, no hubo replica de la parte demandante, se exonerará de condena en costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN.

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

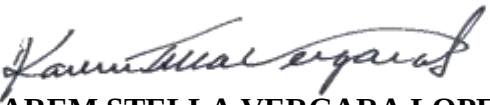
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en mérito de lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado