República de Colombia
Rama Jurisdiccional
Distrito Judicial de Ibagué
Tribunal Superior de Distrito Judicial
Sala Cuarta de Decisión Laboral

Ibagué, uno de septiembre de dos mil veinte.

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Parte demandante:	Silvia Liliana Buitrago Burgos - Gabriel Fuentes Ramírez / gabofuentesabogado@gmail.com / 3102122123
Parte demandada:	Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – Diana Marcela espinosa Callejas., la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. - Luis Helmer Urriago Zapata / Maura Alejandra Guzmán Prada chemeurriago66@hotmail.com urriagozapata.abogadosasociados@hotmail.com y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. -Yeudi Vallejo Sánchez / Herney José Montenegro Campos / abogadosvallejo@gmail.com
Intervinientes:	Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y Ministerio Público.
Radicación:	(186-2019) 73001-31-05-005-2019-00031-01
Fecha de decisión:	Sentencia de 9 de octubre de 2019
Motivo:	Apelación de la SAFP y consulta de sentencia adversa a COLPENSIONES.
Tema:	Ineficacia del traslado al RAIS
M. Sustanciador:	Kennedy Trujillo Salas
Fecha de admisión:	24 de octubre de 2019
Fecha de registro:	13 de agosto de 2020
ACTA:	024 de 20 de agosto de 2020

El asunto.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y la consulta de la sentencia proferida el 9 de octubre de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Ibagué en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

1. Síntesis de la demanda y de su respuesta.

Silvia Liliana Buitrago Burgos, a través de apoderado, reclama de la judicatura y en contra de COLPENSIONES y las SAFP PROTECCIÒN S.A. y PORVENIR S.A., se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación o traslado efectuado a la SAFP ING hoy PROTECCIÒN S.A., mediante el formulario de vinculación, por haber existido un vicio en el consentimiento, que se declare sin solución de continuidad la afiliación al RPM y se le reciba en COLPENSIONES, que como consecuencia de lo anterior se ordene a PORVENIR S.A. que traslade los aportes y rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual y el bono pensional, que se ordene a COLPENSIONES recibirla en el RPM, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas procesales.

Soporta sus pretensiones en síntesis en que: inició su vida laboral el 6 de junio de 1986, con el empleador Alcaldía Municipal de Ibagué -hecho 1; que la entidad la afilió para los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el RPM –hecho 2; que fue visitada por el asesor comercial de ING hoy en día PROTECCIÒN S.A. en diciembre de 1995, quien le manifestó que de acuerdo con su historia laboral lo mejor era que se afiliara a dicho fondo y que su pensión iba a mejorar y por consiguiente sus condiciones de vida una vez se pensionara, pues las condiciones del nuevo régimen eran mejores que las condiciones consagradas en el RPM que era al que se encontraba afiliada –hecho 3; que el asesor comercial de ING hoy en día PROTECCIÒN S.A. no le hizo una proyección sobre como seria en pesos su pensión, tanto en el fondo privado como en el fondo público –hecho 4; que el asesor comercial no le ofreció una información real, completa, clara y comprensible, acerca de los beneficios reales y las consecuencias adversas que traería para ella, el traslado del RPM al RAIS –hecho 5; que en ningún momento el asesor de ING hoy en día PROTECCIÒN S.A. le manifestó que

de decidir cambiarse de régimen tenía que considerarlo muy bien, teniendo en cuenta que ésta era una decisión trascendental para su futuro e incluso para el de su familia, en caso de su fallecimiento prematuro, es decir calló al respecto, produciéndose en ella una convicción errada sobre dicha decisión –hecho 6; que el asesor de ING hoy en día PROTECCIÒN S.A. no brindó una información de manera escrita en donde ella misma pudiera determinar cuál era su mejor opción al momento de la escogencia del régimen pensional –hecho 7; que en razón a la argumentación dada por el asesor comercial que fue tan categórica, en el mes de enero de 1996 diligenció el formulario de traslado de régimen, con el convencimiento que este fondo le daría una mejor pensión que la que podría recibir en su fondo anterior COLPENSIONES, pues con la charla dada por el asesor creó en su mente la certeza que el RAIS otorgaría una mejor mesada pensional, que la que podría obtener en el RPM –hecho 8; que en el momento de la afiliación, no se le entregó ningún estudio o proyección pensional por parte de ING hoy en día PROTECCIÒN S.A. –hecho 9; que durante el tiempo que ha permanecido afiliada en pensión a ING hoy en día PROTECCIÒN S.A, este fondo no ha cumplido con sus obligaciones especiales de transparencia, vigilancia y deber de información, pues la única información recibida fue la del momento de afiliación –hecho 10; que en la actualidad PORVENIR S.A., fondo al cual se afilió en febrero de 2000 era quien administraba sus aportes en pensión -hecho 11; que a pesar de que en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, obliga al fondo a informar al afiliado que debe manifestar su intención de pasarse a otro fondo antes de 10 años a cumplir con el requisito de edad, por ser esta última oportunidad de cambio de régimen, PORVENIR S.A. no lo hizo, y por tanto no tuvo la oportunidad de elegir cual régimen era mejor -hecho 12; que solicitó el cambio de régimen a COLPENSIONES el 23 de enero de 2019, el cual lo negaba basándose en la norma descrita en el artículo anterior –hecho 13; que debido a que se percató al asesorarse de que su mejor elección era volver al RPM intentó pasarse a dicho régimen, encontrándose con la negativa antes descrita y con la insatisfacción de no haber sido debidamente asesorada por ING hoy en día PROTECCIÒN S.A. –hecho 14; que al asesorarse en el año 2019 le dijeron que como para el 1 de abril de 1994 no contaba con más de 15 años de servicios no le podían ser aplicadas las sentencia C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU 062 de 2010 proferidas por la Corte Constitucional –echo 15. (39-49)

La demanda fue presentada el 30 de enero de 2019 (1), fue admitida mediante proveído del 4 de marzo de 2019 (51), decisión notificada a COLPENSIONES a través del aviso dispuesto por el parágrafo del artículo 41 del CPTSS el 14 de marzo de 2019 (55), de forma personal al apoderado judicial de PORVENIR S.A., el 2 de mayo de 2019 (86) y de la misma forma a la apoderada judicial de PROTECCIÒN S.A., el 29 de mayo de 2019 (117).

COLPENSIONES en su respuesta a la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones en atención a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, bajo el entendido de que los afiliados eran libres de escoger el régimen pensional al cual deseaban afiliarse, hecho este que se había presentado en el presente caso, toda vez que la demandante por su propia voluntad decidió trasladarse de COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A., por lo cual no era viable que se diera la nulidad, ante un traslado que se dio por decisión propia de la demandante y que en tal medida una vez se accedió al sistema pensional en aplicación del derecho a la libre escogencia, para movilizarse dentro del mismo existían unas limitaciones. Admite por cierto que: la demandante inició su vida laboral el 6 de junio de 1986, con el empleador Alcaldía Municipal de Ibagué -hecho 1; que la entidad la afilió para los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el RPM –hecho 2; que en la actualidad PORVENIR S.A., fondo al cual se afilió en febrero de 2000 era quien administraba sus aportes en pensión- hecho 11; que la demandante solicitó el cambio de régimen a COLPENSIONES el 23 de enero de 2019, el cual lo negó –hecho 13. Los restantes hechos no le constan. Propuso como excepciones de fondo las que denomina: ausencia de los requisitos legales para efectuar traslado de régimen pensional y prescripción. (62-70)

PORVENIR S.A., en su respuesta a la demanda señaló que no era posible referirse a las pretensiones primera y cuarta por no encontrarse dirigidas a dicha AFP, se opuso a la prosperidad de las restantes pretensiones porque la demandante al suscribir de forma libre, espontánea y sin presiones de ninguna naturaleza el formulario de afiliación al RAIS, ratificó su traslado de régimen, que nunca presentó ningún tipo de reclamación tal como se establecía en el artículo 3 del decreto 1161 de 1994, en el cual se señala un plazo de 5 días siguientes a la fecha de vinculación para presentar retracto al cambio de régimen, que la demandante estaba sujeta a la prohibición señalada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, según la cual no puede producirse el traslado de

régimen pensional cuando a la persona le faltare 10 años o menos para llegar a la edad pensional, que para poder retornar al RPM, la demandante debía de cumplir con los requisitos señalados en las sentencias C-789 de 2002, C 1024 de 2004, T-168 de 2009, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, que permitían el traslado de régimen solamente a personas de cualquier edad en cualquier tiempo, siempre que al 1 de abril de 1994 tuvieran 15 años o más de cotizaciones; que no era posible declararse la nulidad de la afiliación de la demandante a dicho fondo, por cuanto su consentimiento no se vio afectado ni por error ni por dolo, que no había error de derecho, ni vicio por dolo. Admite por cierto que: en la actualidad PORVENIR S.A., fondo al cual se afilió en febrero de 2000 era quien administraba sus aportes en pensión -hecho 11. Los restantes hechos no le constan o no eran ciertos. Propuso como excepciones de fondo las que denomina: prescripción de la acción por la cual se pretende la nulidad, buena fe, no cumplimiento de los requisitos exigidos por las sentencia C789 de 2002 y C 1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, encontrarse incurso en prohibición de traslado de régimen el demandante literal a) artículo 2 de la Ley 797 de 2003, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado la demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo, enriquecimiento sin justa causa y la genérica. (88-110)

PROTECCIÒN S.A. en su respuesta a la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones porque el traslado de la demandante no se encontraba viciado, pues su vinculación al RAIS lo hizo con pleno goce de facultades y el lleno de los requisitos exigidos por la ley, para celebrar contratos así como también, con pleno conocimiento de las características del régimen pensional, además de que no existía prueba alguna que la decisión de trasladarse de régimen obedeció a que el asesor comercial de PROTECCIÒN, hubiese presentado una información incompleta, incierta o falaz a la demandante. Admite por cierto que: la demandante inició su vida laboral el 6 de junio de 1986, con el empleador Alcaldía Municipal de Ibagué -hecho 1; que la entidad la afilió para los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el RPM –hecho 2; que la demandante se afilió en el mes de enero de 1996 a PROTECCIÒN S.A. -hecho 8; que en la actualidad PORVENIR S.A., fondo al cual se afilió en febrero de 2000 era quien administraba sus aportes en pensión -hecho 11; que al asesorarse la demandante en el año 2019 le dijeron que como para el 1 de abril de 1994 no contaba con más de 15 años de servicios no le podían ser aplicadas las

sentencia C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU 062 de 2010 proferidas por la Corte Constitucional –hecho 15. Los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Propuso como excepciones de fondo las que denomina: improcedencia de la demanda por ausencia de pruebas que demuestren la ineficacia o nulidad del formulario de afiliación de la demandante, improcedencia de la ineficacia por vicios del consentimiento, principio de buena fe, carencia de acción, improcedencia de condena en costas, prescripción de la acción, compensación y la genérica. (125-133)

A través de auto del 4 de septiembre de 2019, se tuvo por contestada la demanda por las demandadas y se señaló fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS. (135). Acto surtido el 7 de octubre de 2019, en el cual: se declaró fracasada la conciliación; ante la no comparecencia de los representantes legales de las demandadas, se dispuso tener tal conducta como indicio grave en su contra, no había excepciones previas por resolver ni medidas de saneamiento por adoptar, se fijó el litigio, a petición de la parte demandante se decretaron como pruebas las documentales aportadas con la demanda y el interrogatorio de parte del representante legal de PORVENIR S.A.; a petición de COLPENSIONES las documentales aportadas con su contestación a la demanda y el interrogatorio de parte de la demandante; a petición de PORVENIR S.A. las documentales aportadas con su contestación a la demanda y el interrogatorio de parte de la demandante; a petición de PROTECCIÒN S.A., se decretaron las documentales aportadas con su contestación a la demanda y el interrogatorio de parte de la demandante; frente a la carga dinámica de la prueba establecida en el artículo 177 del CGP, se dispuso que en atención a que PROTECCIÒN S.A, se encontraban en mejores condiciones de acreditar la información que le suministraron al demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, le correspondía probar tal supuesto; el apoderado de la parte demandante desistió del interrogatorio de parte del representante legal de PORVENIR S.A, pedimento que fue admitido por el a quo, y se señaló fecha y hora para la celebración de la audiencia de trámite y juzgamiento. (167-170)

El 9 de octubre de 2019, se surtió la audiencia de trámite y juzgamiento oportunidad en la cual se recaudó el interrogatorio de parte de la demandante, se declaró clausurado el debate probatorio, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones, y se emitió sentencia. (172-174)

2. La decisión.

El a quo decidió:

> PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado que de régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad al fondo de pensiones ING hoy PROTECCIÒN S.A., realizó la demandante Silvia Liliana Buitrago Burgos.
> SEGUNDO: Ordenar a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos.
> TERCERO: Ordenar a PROTECCIÒN S.A., reintegrar de su propio patrimonio debidamente indexados a COLPENSIONES, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora incluidos los gastos de administración.
> CUARTO: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, que acepte a la actora en el régimen de prima media con prestación definida y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados por las otras demandadas.
> QUINTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.
> SEXTO: Costas a cargo de PROTECCIÒN S.A. y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de $828.116
> SÈPTIMO: Consultar esta sentencia con el superior funcional Sala Laboral del H Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, atendiendo que la presente ha sido adversa a los intereses de COLPENSIONES

Funda su decisión en que los problemas jurídicos a resolver eran: determinar si el traslado que la demandante hizo del RPM al RAIS era ineficaz, si era un deber del fondo de pensiones privado – ING hoy PROTECCIÒN S.A, que dentro de la etapa precontractual hubiere informado de manera clara y suficiente a la demandante sobre los efectos que sobre su derecho pensional tendría el traslado del régimen pensional, que analizaría los efectos jurídicos de la omisión en el cumplimiento del deber de información sobre la validez del negocio jurídico del traslado, y

que atendiendo los medios exceptivos propuestos por las demandadas si era posible aplicar la prescripción extintiva, que la tesis que se iba a sostener era que el traslado de régimen realizado por la demandante no surtía efecto alguno por disposición del legislador, por no haber cumplido la demandada PROTECCIÓN S.A. con el deber de información en la etapa precontractual y que no operaba el fenómeno de la prescripción extintiva.

Que el marco normativo a aplicar eran los artículos 48, 83 de la Constitución Política, artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que se había venido trazando una línea jurisprudencial muy sólida sobre una serie de obligaciones y deberes que tenían los fondos de pensiones relacionados con el cumplimiento del deber de información –CSJ SL de 09/09/2008 Rad. 31898 y SL3058-2019, que dicha línea jurisprudencial tenía sustento en la medida que el sistema general de pensiones propendía por garantizar a la población de contingencias de I.V.M., a través de prestaciones económicas contempladas en el estatuto de seguridad social y teniendo en cuenta que conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la elección de esos regímenes debía de ser libre y voluntaria, lo que exigía a voces de la jurisprudencia que no podía ser cualquier tipo de asesoría sino aquella que permitiera el ejercicio de la libertad informada, cuya infracción castiga la propia norma en la medida que indica que si el empleador o cualquier otra persona la desconocía, se hacía merecedor de las sanciones previstas en el inciso primero del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que adicionalmente se consideraba que si bien era cierto que para el momento en que la demandante realizó el traslado de régimen pensional a ING hoy PROTECCIÓN ante la absorción, esto era, para diciembre de 1995 con efectividad a partir de enero de 1996, para ese momento no se había expedido el régimen de protección al consumidor financiero Ley 1328 de 2009 o la Ley 795 de 2013 o el Decreto 2071 de 2015, ello no podía ser indicativo de la inexistencia para ese momento, es decir, para los años 1955 y 1996, de la inexistencia del deber de información como quiera que existían los postulados de buena fe y confianza legítima en las relaciones negóciales y atendiendo la existencia de algunas normas que para ese momento consagraban o imponían el deber de información para a los fondos de pensiones, como lo era el artículo 106 de la Ley 100 de 1993 y Decreto 663 de 1993 en su artículo 72 en su literal f) y el numeral 1 del artículo 97 de ese mismo estatuto.

Descendiendo al caso, estaba probado que la demandante realizó el traslado del RPM al RAIS a ING hoy PROTECCIÓN S.A., en formulario de diciembre de 1995 con efectividad a partir de enero de 1996, información que se obtenía del certificado de ASOFONDOS y de la historia laboral, en la medida que el formulario de traslado inicial a ING suscrito en 1995 no fue allegado, que dentro del RAIS también se tenía acreditado con los formularios de solicitud de vinculación o traslado y la información procedente de ASOFONDOS, que la demandante se trasladó entre fondos así: de DAVIVIR a PORVENIR en el 2000, de PORVENIR a HORIZONTE en el 2001, de HORIZONTE a PORVENIR en el 2003, de PORVENIR a ING en el 2008 y por último en el año 2009 se trasladó de ING a PORVENIR, fondo en el cual había estado afiliada hasta la fecha, que igualmente la demandante había intentado infructuosamente trasladarse y regresar al RPM, solicitud que le había sido negada atendiendo la prohibición de que trataba el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 100 de 1993, que sobre el incumplimiento del deber de información y atendiendo que sobre los hechos de la demanda se señaló que existió una información deficiente y falaz, se debía recordar que se invirtió la carga de la prueba, correspondiéndole a PROTECCIÓN S.A., allegar los elementos probatorios tendientes a acreditar el cumplimiento del deber de información para el momento en que se realizó el traslado de régimen pensional, teniéndose que dicha demandada no allegó ningún tipo de probanza al respecto, de donde se podía colegir no solo que hubo una reticencia en el cumplimiento de ese deber de información y buen consejo sino que la poca información suministrada fue errada, equivocada y falaz, siendo tal la omisión probatoria de PROTECCIÓN S.A., que ni siquiera allegó el formulario de traslado de régimen que se suscribió en 1995, pues dicho fondo de pensiones solamente aportó el de traslado entre fondos privados que se hizo entre PORVENIR a ING, que era importante precisar que era evidente para la situación concreta de la demandante, esto era, del trasladó que se hizo de ING hoy PROTECCIÓN S.A. debió de habérsele brindado una asesoría personalizada, en atención a que habían situaciones para ese momento que eran relevantes, como que tenía un salario para ese momento que alcanzaba casi los 4 SMLMV, que dentro de los últimos 10 años la demandante había cotizado en promedio en suma equivalente a 10 SMMLV, y que según la proyección realizada por PORVENIR S.A. teniendo en cuenta esos aportes y que para el año 2019 contaba con un total de 1.520 semanas, arrojaba que para cuando cumplieran los 57 años de edad su mesada pensional no alcanzaría si quiera los 2 SMMLV, que así las cosas

no quedaba otro camino que aplicar la consecuencia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consistente en declarar la ineficacia de la afiliación realizada ante ING hoy PROTECCIÓN S.A, y así dejar en libertad a la demandante para que realizara la elección que a bien tuviera, que era importante precisar que la ineficacia del cambio de régimen pensional no podía ser convalidada por la demandante en el sentido del tiempo de permanencia dentro del RAIS, ni tampoco en la movilidad que entre fondos realizó en este mismo régimen, pues ello no tenía la virtud de suplir el deber de entrega de la información, pues dicha información era el pilar de la libertad de elección y su menoscabo afectaba derechos de índole fundamental, que no podía ser nunca reparados o subsanados por el paso del tiempo; que era importante advertir que en nada insidia la condición profesional de la demandante, pues el hecho que fuera abogada y que lo hubiera sido para el momento que realizó el traslado de régimen pensional no implicaba que fuera una experta en derecho laboral y en seguridad social, que ello nunca fue probado, que por el contrario la misma demandante manifestó que para el momento que realizaba el traslado de régimen pensional se desempeñaba como inspectora de policía en el municipio y que siempre había estado en el área del derecho penal, por lo cual no se podía decir que por la situación que fuera profesional del derecho ello variaba la asimetría entre el fondo de pensiones quien era el experto en el tema y la afiliada quien se consideraba una inexperta en el tema relacionado con pensiones pese a ser abogada, y que se reiteraba que no se le podía trasladar a la afiliada el deber de informarse pues el mismo debió se haber sido cumplido en el momento en que se realizó el traslado de régimen pensional por parte de ING hoy PROTECCIÓN S.A. y ello databa de 1995 y que si no se cumplió con ese deber de información ninguna situación posterior iba a poder subsanar esa deficiencia generadora de la ineficacia que se declararía.

Sobre las excepciones señaló que no estaban llamadas a prosperar por cuanto que lo pretendido no era un simple traslado de régimen pensional contraviniendo la regla de limitación temporal de los 10 años; sino que lo pedido, lo debatido y lo probado fue el incumplimiento en el deber de información y sus repercusiones jurídicas, que contrario a lo alegado como excepción se tenía que PROTECCIÒN S.A., actuó desconociendo preceptos de buena fe y que no bastaba con el diligenciamiento de un simple formulario pre impreso. Sobre la prescripción de la acción indicó que no era procedente - CSJ SL361-2019.

Sobre las consecuencias de la declaratoria de ineficacia de traslado se debía aplicar las establecidas por la Corte Suprema de Justicia desde la SL17595-2017, donde se señaló que las administradoras tenía el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, todos los frutos o intereses, que como la nulidad era conducta indebida de la administradora era ésta quien debía asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, que respecto a la devolución de gastos de administración esa debería de hacerse del propio patrimonio de la demandada PROTECCIÓN S.A. y se debían retornar debidamente indexados atendiendo el tiempo en que la actora permaneció afiliada a dicha administradora, ello con fundamento a lo señalado en la SL1689-2019, que como quiera la demandante solicito de manera expresa que era su interés su regreso al RPM ahora administrado por COLPENSIONES, ello se ordenaría y se dispondría que dicha administradora actualizara y corrigiera la historia laboral de la demandante conforme a los dineros que le fueran trasladados por el fondo de pensiones privados.

3. La impugnación.

La apoderada judicial de PROTECCIÒN S.A., interpuso recurso de apelación únicamente respecto a la comisión de administración, en razón que era aquella que cobraban las AFP para administrar los aportes que ingresaban a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, que de cada aporte del 16% del IBC que ha realizado la demandante al sistema general de pensiones, la AFP había descontado un 3% para cubrir los gastos de administración antes mencionados y para pagar el seguro previsional de la compañía de seguros, descuento que se encontraba debidamente autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003 y que operaba tanto para el RPM y el RAIS, que durante todo el tiempo que la demandante había estado afiliada a PROTECCIÒN S.A era una entidad financiera experta en la inversión de los recursos de propiedad de sus afiliados, que ello se concluía en virtud de lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, que hablaba de los efectos de la declaratoria de nulidad, que en tal orden de ideas si lo que se requería era que las cosas volvieran al estado anterior, en estricto sentido se debía de entender que el contrato de afiliación nunca existió y que por ende nunca PROTECCIÓN debió de administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no

se causaron ni tampoco se debió de cobrar una comisión de administración, pero que sin embargo el articulo 1746 indica las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, que con base en esto debía de entenderse que aunque se declara la ineficacia o nulidad de la afiliación y se hiciera la ficción de que nunca existió contrato no se podía desconocer que el bien administrado produjo unos frutos o mejoras, que los que obtuvo la afiliada eran los rendimientos de la cuenta de ahorro individual producto de la buena gestión de la AFP.

El apoderado judicial de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación para que se revocara la sentencia en especial los numerales primero y segundo, porque se ratificaba en los argumentos señalados en la contestación de la demanda, que continuaba afirmando que no era posible declarar la ineficacia de la afiliación o la nulidad, en razón a que la demandante en su momento suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones de ninguna manera el formulario de afiliación al RAIS, que así mismo se le brindo por parte de los asesores comerciales de PORVENIR S..A, una información idónea, profesional y entendible frente a las características del RAIS, régimen al cual pertenecía, que la demandante ratificó su voluntad de afiliación al no hacer uso de lo facultado en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, dentro del cual se establecía un plazo máximo de 5 días para retracción frente a la afiliación al nuevo régimen, que no era posible la nulidad del traslado de régimen en el entendido que la demandante se encontraba inmersa en la prohibición contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que establecía que a las personas que le faltaren menos de 10 años para llegar a su edad pensional no era posible realizar el traslado de régimen, a excepción de las personas que al 1 de abril de 1994, tuvieran 750 semanas, es decir, pertenecerían al régimen de transición podían trasladarse en cualquier momento, situación que la demandante no se encontraba inmersa, así mismo señaló que en el momento en que la demandante suscribió su traslado al RAIS, la normatividad aplicable al momento era menos rigurosa al respecto, menciona que fue hasta el 9 de diciembre de 2015, cuando se creó el sistema de Protección de Información al consumidor Financiero con la Ley 1329 de 2009, en donde se introdujo la obligatoriedad de brindar información en los términos solicitados por la demandante, que se solicitaba la no condena en costas en razón que siempre habían actuado de buena fe y habían manejado los recursos de la cuenta individual de la demandante como la Ley lo disponía.

4. Las Alegaciones.

El apoderado demandante intervino para reclamar la confirmación de la decisión porque se halla conforme con lo demostrado y con el sentido y alcance determinado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

PORVENIR persiste en la revocatoria de la decisión porque: nunca reclamó ni presentó el retracto; el demandante no reúne los requisitos para el traslado, al hallarse en las prohibiciones legales –le faltan menos de 10 años para la edad pensional, y no cumple los requisitos de la jurisprudencia –no tiene régimen de transición; porque su consentimiento no adolece de error de derecho, ni dolo –Art. 1509 y 63 del CC; cumplió el deber de información como revelan los documentos aducidos; la acción de nulidad se halla prescrita, pues expiró el plazo del artículo 1750 del CC o del 151 del CPTSS –CSJ SL22125 de 14 de julio de 2004 y STL4593-2015 y, adicionalmente el demandante se encuentra pensionado bajo lo prescrito en el artículo 64.

COLPENSIONES intervino para demandar la revocatoria de la decisión porque (i) el traslado para casos como el presente está prohibido, porque le faltan menos de 10 años para la edad pensional y no tiene régimen de transición –Art. 13 L100 y C1024-2004; (ii) la aplicación de la carga de la prueba es errada porque se aplica de manera indiscriminada, pues el principio es que a cada uno le corresponde probar lo que alega, y solo atendiendo las circunstancias particulares del caso, el juez tiene autorización para distribuir esa carga, en casos como el presente, sin atender las situaciones particulares de cada caso, se exige a la SAFP que demuestre los hechos alegados por el demandante relevando a este de todo deber probatorio, cuando la legislación hasta 2016 solo exigía el documento de afiliación; la distinción de los regímenes pensionales tienen aspectos técnicos que los diferencian y que los SAFP deben dar a conocer, pero en cada caso particular, existencia hechos, como: la expectativa pensional, la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, la calidad del demandante, las actividades financieras que ejecuta el usuario durante su vida laboral, entre otros, que indican que la selección de régimen es acertada, y en la intervención de asesoría financiera podría generarse un vicio en la voluntad, debe ser demostrado por el afiliado pues participó en ese hecho; (iii) la interpretación del artículo 1604 del Código Civil es

equivocada porque lleva consigo una responsabilidad objetiva, pues no se exige a quien lo alega la demostración por lo menos de la existencia del vicio, fuerza o dolo o el cumplimiento de los deberes del afiliado. Y existen hechos que pueden dar cuenta de un verdadero entendimiento del asunto, como: solicitar información de saldos, actualizar datos, asignar y cambiar claves, algunos actos de relacionamiento con la entidad que denotan compromiso serio de pertenecer a ellas, traslados entre fondos privados y negociación de bonos pensionales CSJ SL413-2018, (iv) debe darse prelación al principio de la relatividad jurídica, pues COLPENSIONES es un tercero en la relación sujeta al juicio, y por tanto la decisión no puede favorecerle mucho menos perjudicarle; tampoco tiene mecanismos para retener a los afiliados, ni hay disposición legal que lo obligue a asumir los daños o perjuicios que otro causó y no podía evitarlo, de manera que la decisión ha de ser otra, que la SAFP pague los perjuicios causados directamente a la demandante y no trasladarle cargas a COLPENSIONES porque, (v) se afecta la estabilidad financiera del RPM –T 489 de 2010, lo que implica una amenaza para todos sus afiliados. De confirmarse reclama: que se disponga que el cumplimiento de su obligación debe estar precedida del cumplimiento de estas dos condiciones: (i) que la SAFP normalice la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP (anulación a través de MANTIS) y (ii) que la SAFP devuelva los aportes a COLPENSIONES con la entrega del archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS, para permitir la aceptación y posterior actualización de la historia laboral de manera diligente y sin tropiezos para el afiliado al RPM.

PROTECCIÓN lo hizo para insistir en la revocatoria de la decisión porque demostró que cumplió con el deber de información conforme con la legislación vigente en la época en que sucedió, de modo que la afiliación es válida, por tanto no puede condenarse a devolver dinero alguno, mucho menos las cuotas de administración pues este dinero no es para la SAFP sino para terceros que reaseguran la pensión de invalidez y sobrevivientes y a completar el valor de la pensión cuando el dinero acumulado no alcance para pagar las mesadas pensionales, de hacerlo habría que vincular a quienes los recibieron: las aseguradoras y FOGAFIN y se cobra por asegurar los dineros en la cuenta y realizar los rendimientos financieros muy superiores a los del RPM donde no hay rendimientos.

II. MOTIVACIÓN

1. Los presupuestos procesales.

Esta Corporación es competente para resolver el recurso y la consulta atendiendo el origen de la decisión y lo dispuesto en los artículos 15 literal B numerales 1 y 3, 66, 66A y 69 del CPTSS. No se advierte la existencia de causa de nulidad o que conduzca a decisión inhibitoria, por tanto, procede decisión de fondo.

2. Sobre el problema a resolver y su solución.

Para resolver el recurso y la consulta precisa la Sala determinar: la eficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS y la procedencia de la excepción de prescripción.

Para el a quo la respuesta es negativa porque no fue acreditado que PROTECCIÒN S.A., al gestionar el traslado de la demandante le hubiere brindado a ésta la información suficiente, necesaria, técnica y profesional, sobre las ventajas y desventajas que le representaba el cambio de régimen pensional, para efectos que tuviera conocimiento preciso sobre las posibilidades pensionales que tenía en uno u otro régimen y que las consecuencias de dicha declaratoria no eran otras que el regreso automático de la demandante al RPM con todos sus haberes en los términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Y la prescripción porque la acción no es prescriptible.

Para PROTECCIÒN S.A.; en caso de determinarse que efectivamente se configuró la ineficacia o nulidad del traslado al RAIS, y se condenara a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES, únicamente sería procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados con su buena gestión, pero que no era procedente que se ordenará la devolución de lo que se descontó por la comisión de cuotas de administración, toda vez que se trataban de comisiones ya causadas dentro de la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración, conforme a lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, que por ende no se podía desconocer que el bien administrado produjo unas frutos o mejoras, las

cuales eran los rendimientos de la cuenta de ahorro individual y la comisión de administración.

Para PORVENIR S.A., la respuesta es negativa en razón a que: (i) no era posible declarar la ineficacia de la afiliación o la nulidad porque la demandante en su momento suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones de ninguna manera el formulario de afiliación al RAIS, habiéndosele brindado por parte de los asesores comerciales de PORVENIR S.A, una información idónea, profesional y entendible frente a las características del RAIS, (ii) la demandante ratificó su voluntad de afiliación al no hacer uso del derecho de retracto consagrado en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, (iii) la demandante se encontraba inmersa en la prohibición contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, (iv) para el momento en que la demandante suscribió su traslado al RAIS, la normatividad aplicable al momento era menos rigurosa al respecto, pues fue solo hasta el 9 de diciembre de 2015, cuando se creó el sistema de Protección de Información al consumidor Financiera con la Ley 1329 de 2009, en donde se introdujo la obligatoriedad de brindar información en los términos solicitados por la demandante, (v) no debía emitirse condena en costas porque siempre habían actuado de buena fe y habían manejado los recursos de la cuenta individual de la demandante como la Ley lo disponía.

Para la Sala la decisión objeto de consulta y apelación corresponde con lo demostrado, las disposiciones legales y jurisprudenciales aplicables a este asunto, salvo en cuanto a que a los efectos de la declaratoria de la ineficacia del traslado, pues no incluye todos los que la jurisprudencia señala.

Sobre la eficacia del traslado de régimen pensional.

Conforme con lo dispuesto en los artículos 12, 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993[1], el sistema general de pensiones está compuesto por el RPM y el RAIS, su selección es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto deberá manifestar por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado y en caso de que se evidencie que el empleador o cualquier persona natural o jurídica impidió o atentó contra la libertad de afiliación y selección de organismo e institución del sistema de seguridad social integral, conlleva su ineficacia.

Para hacer efectiva esa libertad y voluntad - CSJ SL31989[2] del 9 de septiembre de 2008, se exige de las SAFP que deben suministrar la información suficiente de modo que permite una decisión consciente o voluntaria y libre, ese contenido implica en sus palabras:

...(i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (...) Doctrina reiterada en entre otras en las SL 33083 del 22 de noviembre de 2011[3], SL17595-2017[4], SL19447-2017[5] y SL4964-2018[6].

El deber de brindar información completa, detallada y comprensible al posible afiliado que pretende trasladarse de régimen pensional, sobre las características de los dos regímenes pensionales junto con las consecuencias reales de dicho traslado, con el fin de que pueda tomar decisiones informadas, se concibió desde que se implementó el SISS-Pensiones y la existencia de las AFP - CSJ SL1688-2019[7], en atención a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – Decreto 663 de 1993, las AFP tenían la obligación de entregar la información suficiente y transparente al posible afiliado, lo cual hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, lo que implicaba un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, y no se predica solo a favor de las

personas beneficiarias del régimen de transición, de una parte porque tal distinción atentaría contra el principio de igualdad, pues no existe fundamento jurídico que justifique el cumplimiento de dicha obligación legal solo frente a determinadas personas que revistan características específicas y de otra porque si bien es cierto que en la mayoría de esos pronunciamientos se encuentra que el demandante a la vigencia de la ley 100 de 1993 eran beneficiarios del régimen de transición y por consiguiente gozaban de una expectativa legitima, también lo es que esa Corporación ni señaló ni estableció que el referido deber de información de los fondos de pensiones y el del buen consejo al afiliado, no era exigible en los eventos en que el afiliado no es beneficiario de la transición, por contrario, de manera concreta y expresa se señaló que tal circunstancia no resultaba relevante – CSJ SL19447-2017[8] y SL1688-2019[9],

Sobre tales bases, se verificará lo que reportan los medios de prueba pertinentes al cumplimiento de las obligaciones de la SAFP durante el proceso previo a la afiliación, en la afiliación y con posterioridad al mismo.

Simulación pensional efectuada por PORVENIR S.A. el 16 de enero de 2019, donde se consignó que la demandante contaba con un capital de $377.455.759 y 1522 semanas, que a los 56 años contaría con capital de $377.455.759, pensionándose con una mesada pensional de $1.461.200 equivalente al 15.87% del IBL; que a los 57 años con un capital de $378.924.310, podría pensionarse con una mesada pensional de $1.468.500 equivalente al 15.95% del IBL; que a los 58 años con un capital de $396.998.999, podría pensionarse con una mesada pensional de $1.562.200 equivalente al 16.97% del IBL; y que a los 60 años con un capital de $435.775.992, podría pensionarse con una mesada pensional de $1878.500 equivalente al 20.40%. (5-7)

Historia laboral consolidada expedida por PORVENIR S.A. el 16 de enero de 2019, de donde se extrae que la demandante cuenta con 1.520 semanas y un capital acumulado de $403.594.452 (12 reverso)

Certificado expedido por PORVENIR S.A., donde se indica que la demandante se encuentra afiliada ha dicho fondo desde el 1 de marzo de 2000. (87)

El formato de solicitud de vinculación o traslado a PORVENIR de 20 de enero de 2000, suscrito por la demandante para su vinculación a dicho fondo en dicha data en el acápite denominado voluntad de afiliación reza: "...HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS DE ESTE. PARTICULARMENTE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, BONOS PENSIONALES Y LAS IMPLICACIONES DE MI DECISIÓN..." (87)

El formato de solicitud de vinculación o traslado a ING de 28 de noviembre de 2008, suscrito por la demandante para su vinculación a dicho fondo en dicha data en el acápite de firma reza: "...hago constar bajo la gravedad de juramento que la presente selección la he efectuado bajo las siguientes consideraciones: a) de manera libre, espontánea y sin presiones, b) la información a ella incorporada es cierta y verificable, c) he sido asesorado ampliamente respecto del régimen de transición y en consecuencia, entiendo y acepto que renuncio a sus beneficios, e) he sido asesorado en todos los aspectos del régimen en particular, emisión y trámite de bonos pensionales y condiciones para pensión, f) conozco el derecho de retracto ..."(202 y 324)

Historial de vinculaciones emitido por ASOFONDOS, documental de la cual se extrae que la demandante se afilió de COLPENSIONES a ING en forma efectiva a partir del 1 de enero de 1996; de ING a PORVENIR en forma efectiva el 1 de marzo de 2000, de PORVENIR a HORIZONTE, de forma efectiva del 1 de agosto de 2001, de HORIZONTE a PORVENIR de forma efectiva el 1 de junio de 2003, de PORVENIR a ING el 1 de enero de 2009, de ING a PORVENIR de forma efectiva el 1 de diciembre de 2009 (87)

El formato de solicitud de vinculación o traslado a BBVA HORIZONTE de 27 de junio de 2001, suscrito por la demandante para su vinculación a dicho fondo en dicha data; formato de solicitud de vinculación o traslado a PORVENIR S.A. de 25 de abril de 2003, suscrito por la demandante para su vinculación a dicho fondo en dicha data y formato de solicitud de vinculación o traslado a PORVENIR S.A. de 28 de octubre de 2009, suscrito por la demandante para su vinculación a dicho fondo en dicha data (87)

La demandante en su declaración de parte dice[10]: realizó el cambio de régimen aproximadamente en el año 1995, que no recordaba el fondo al

que se afilió; que los motivos por los cuales decidió cambiarse de régimen fue porque en ese momento existían las Cajas de previsión, ella trabajaba con la Personería de Ibagué y estaba la situación de trasladarse los empleados a los fondos privados, que ese era el boom del momento, que las Cajas de Previsión en su momento tendían a desaparecer, que por ese motivo la Personería de Ibagué facilitó la asistencia a que los ilustraran para pasarse al fondo del régimen privado como quiera que las Cajas de Previsión tendían a desaparecer, que al momento en que firmó el formulario de afiliación lo hizo de manera voluntaria, que la situación era que debían de pasarse al fondo privado, que se hizo profesional del derecho en 1987, que se hizo especialista en derecho probatorio en 1993 o 1992, que la visita de los asesores del fondo privado fue cuando ella estaba trabajando con la personería municipal, que el personero les comentó y los reunió, estaban en una de las oficinas de la personería y ahí llegaron los asesores, que esos asesores la información que le brindaron fueron 2 puntos que recordaba, que en primer lugar que las Cajas de Previsión se iban a acabar y lo segundo que iban a obtener una mejor pensión, que esos fueron los dos puntos principales que recordaba, porque eso fue en 1995, que ella no tenía ilustración respecto a lo que implicaba el traslado de régimen, que ella no se acercó a solicitar información respecto a su pensión, que ella no fue sometida a ningún tipo de presión ni fue obligada a firmar el formulario de afiliación cuando se trasladó al RAIS, que lo hizo de manera voluntaria porque eso era lo que le estaban ofreciendo en el momento

De lo que se acaba de exponer se concluye que no aparece demostrado que la AFP ING hoy PROTECCIÒN S.A. haya cumplido con la carga probatoria que le correspondía, conforme a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 1604 del C.C.[11] *y no solamente por la disposición de la carga dinámica de la prueba, para demostrar que al gestionar la demandante su traslado del RPM al RAIS le explicó de forma detallada, clara y precisa las condiciones y garantías pensionales en cada régimen, las ventajas, desventajas y por ende las consecuencias que le generaba el traslado al RAIS y que dicha información fue plasmada y dada a conocer al demandante mediante una proyección del derecho pensional que tendría en los dos regímenes pensionales, atendiendo las condiciones de edad, densidad y monto de las cotizaciones efectuadas para la fecha, incluido el bono pensional, para que conociera a ciencia cierta cuál de los mismos le reportaba mayor beneficio, para que con base en dicha información tomara*

de forma consiente, libre y voluntaria la decisión de pertenecer a uno u otro régimen pensional.

En ese orden la decisión no la adoptó de manera informada, autónoma y consiente, habida cuenta que como se dijo no conocía las implicaciones que le generaba el traslado solicitado y si dicho cambio le reportaba o no beneficio a sus intereses pensionales; información que debió suministrarse al gestionar el traslado y a mutuo propio por la AFP y no con posterioridad a la afiliación y menos por solicitud de la para entonces afiliada, toda vez que la información técnica, clara y precisa que se le exige a tales entidades resulta necesaria e indispensable como ya se dijo para la toma de la decisión de trasladarse, pues con base en ella es que el posible afiliado realiza la escogencia del régimen pensional al cual desea pertenecer para que tal manifestación se torne en libre y voluntaria.

Ahora, PROTECCIÒN insiste en que el traslado de régimen fue consentido y confirmado por la demandante al firmar el formulario de afiliación, donde manifestó su plena voluntad, libre de vicios, lo que admite la demandante en su declaración de parte, también lo es que - CSJ SL17595-2017[12], SL4964-2018 y SL4426-2019[13], con el simple diligenciamiento del formato diseñado por la entidad para esos efectos y con la firma del trabajador, no puede considerarse satisfecha la obligación que le asistía a la AFP de documentar e informar de manera clara y suficiente a la demandante y que le señaló los efectos que el traslado de régimen le podía acarrear, para poder afirmar que dicha manifestación efectivamente fue libre y voluntaria.

Las consecuencias del incumplimiento a la obligación de suministrar información completa, comprensible, veraz y suficiente en que incurrió ING hoy PROTECCIÒN S.A. es la ineficacia conforme dispone el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 con el sentido y alcance determinado por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias ya señaladas y por ende el traslado a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., tampoco surte efectos, por haberse presentado el incumplimiento de un requisito de eficacia del traslado, como lo es la falta al deber de información y asesoría, pues su ausencia genera la falta de una manifestación libre, voluntaria y por ende de una decisión informada y consiente por parte del trabajador que conlleva a que la afiliación efectuada en tales condiciones quede sin efecto, omisión la cual no se convalida por el cambio de AFP dentro del RAIS - CSJ SL 31989 del 9

de septiembre de 2008[14] reiterada en la 33083 del 22 de noviembre de 2011[15]

Ahora, si bien es cierto que las reglas jurídicas generales aluden a que debe de demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, ello no resulta aplicable en los eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional como es el caso, no solo por la entidad del derecho discutido, sino también porque deben aplicarse las consecuencias expresas que consagra la norma cuando no existe una decisión informada y libre en la afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral, que no es otra que la ineficacia de la afiliación que en el puntual caso se traduce en la ineficacia del traslado de régimen pensional, mas no en la declaratoria de la nulidad - CSJ SL12136-2014 y SL19447-2017[16].

Así mismo, la tesis planteada por la Corte Constitucional, entre otras en la C-789 de 200, C-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, no resulta aplicable al caso de una parte, porque lo que allá se analiza y resuelve es sobre el retorno voluntario con la conservación o no del régimen de transición, en tanto que aquí el retorno de un lado no es voluntario, es producto o efecto de la ineficacia del cambio de régimen pensional, de otro, no se discute el régimen de transición, pues lo que aquí se analiza es la falta de información detallada y completa al momento del traslado de régimen - CSJ SL4426-2019[17], de ahí que, tampoco resulte procedente estudiar si la demandante se encuentra inmersa o no en la prohibición contenida en el literal a) del artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Tal conclusión genera como consecuencia que la afiliada retorne al régimen anterior, para el caso al RPM administrado por COLPENSIONES y que la AFP del RAIS aquí demandada PORVENIR S.A. deba devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como las cotizaciones, bonos pensionales, los rendimientos financieros, los gastos de administración indexados, y que PROTECCIÒN S.A. deba devolver los gastos de administración indexados a dicho ente - CSJ SL 31989 del 9 de septiembre de 2008[18], SL19447[19], SL17595-2017[20], SL1688[21] y SL4360-2019[22], y lo dispuso el a quo, en la medida que si el acto de traslado de régimen fue ineficaz desde sus orígenes, tales recursos debieron ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses conforme lo dispuesto en el artículo 1746 del CC, esto es, con los

rendimientos que se hubieren causado, incluidos los gastos de administración, en atención a que la declaratoria de la ineficacia se generó por la falta de información que debió de brindar la AFP ING hoy PROTECCIÒN S.A., la misma debe asumir a cargo de su propio patrimonio los deteriores sufridos por el bien administrado, conforme a las reglas del artículo 963 del Código Civil - CSJ SL 31989 del 9 de septiembre de 2008, por manera que no resulta prospera la censura planteada por PROTECCIÒN S.A., en la medida que al disponerse el traslado de tales rubros se está salvaguardando la estabilidad financiera del RPM. Devolución que lleva consigo, como dice COLPENSIONES: (i) que la SAFP normalice la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIAFP (anulación a través de MANTIS) y (ii) que la SAFP devuelva los aportes a COLPENSIONES con la entrega del archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS, para permitir la aceptación y posterior actualización de la historia laboral de manera diligente y sin tropiezos para el afiliado al RPM.

Ahora bien, como el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 estableció que el RPM sería administrado por el ISS ahora COLPENSIONES y que las cajas del sector público o privado existentes administrarían dicho régimen respecto de sus afiliados y mientras subsistieran, forzoso le resulta a la Sala concluir que como lo dispuso el a quo, la entidad que debe recibir a la demandante es COLPENSIONES, por ser el ente que actualmente está administrando el RPM.

Sobre la condena en costas

El numeral primero artículo 365 del CGP, consagra:"*...Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que haya propuesto (...)...*"

La regla es pues, que el que pierde el pleito paga las costas, por manera que no resta más que concluir que contrario a lo argüido por la censura planteada por PORVENIR S.A. resulta procedente la condena en costas, en atención a que tal y como se observa del escrito de contestación de demanda, dicho ente se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que la demandante no podía retornar al RPM por expresa prohibición legal – CSJ AL6609-2015[23], AL7124-2015[24] y AL5160-2016[25]

Prescripción.

La prescripción en los asuntos regulados por las leyes sociales no se encuentra regulada por lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, sino por el artículo 151 del CPTSS, lo que impide acudir a otra disposición - CSJ SL 41048 del 2 de agosto de 2011[26] y SL218-2018[27]

El artículo 151 del CPTSS establece que las acciones que se deriven de las leyes sociales prescriben en 3 años que se cuentan desde que la respectiva obligación se hubiere hecho exigible, lo que en el presente asunto no ha ocurrido porque la determinación del régimen pensional al cual pertenece el demandante se erige con un presupuesto necesario para la conformación del derecho pensional y por consiguiente el mismo al encontrarse en construcción no es exigible, en esa medida la acción que le asiste al afiliado de alegar la ineficacia del traslado de régimen de pensiones no es prescriptible - CSJ SL3937-2018[28] y SL1688-2019[29].

Corolario de lo expuesto se modificará el ordinal segundo de la sentencia.

3. Las costas.

De conformidad a las reglas del artículo 365 del CGP, las costas de esta instancia se hallan a cargo de la AFP PROTECCIÒN S.A. y AFP PORVENIR S.A. Las agencias en derecho se estiman en $877.803.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué Sala Cuarta de Decisión Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Modificar el ordinal segundo de la sentencia proferida el 9 de octubre de 2019 por el Juzgado V Laboral del Circuito de Ibagué en el proceso promovido por Silvia Liliana Buitrago Burgos contra COLPENSIONES y las SAFP PRVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., el cual quedará así:

SEGUNDO: Ordenar a la SAFP PORVENIR S.A. trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de Silvia Liliana Buitrago Burgos, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, gastos de administración indexados, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos. Lo que implica: (i) que la SAFP normalice la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP (anulación a través de MANTIS) y (ii) que la SAFP devuelva los aportes a COLPENSIONES con la entrega del archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS, para permitir la aceptación y posterior actualización de la historia laboral de manera diligente y sin tropiezos para el afiliado al RPM.

SEGUNDO: Confirmar en lo demàs la sentencia.
TERCERO: Costas de esta instancia a cargo de la SAFP PORVENIR S.A., SAFP PROTECCIÒN S.A. Las agencias en derecho se estiman en $877.803.
CUARTO: En oportunidad: devuélvase el expediente al juzgado de origen.
QUINTO: Esta decisión se notifica en los términos y condiciones del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Notifíquese y cúmplase.

CARLOS ORLANDO VELASQUEZ MURCIA
Magistrado

AMPARO EMILIA PEÑA MEJIA
Magistrada

KENNEDY TRUJILLO SALAS
Magistrado

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué
Sala Cuarta de Decisión Laboral
Despacho 04

República de Colombia
Tribunal Superior de Ibagué
Secretaría - Sala Laboral
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

Ibagué, 2 de septiembre de 2020. Se deja constancia que la presente providencia se notificó el día de hoy, a través del Estado Virtual No.

073C

ANA LUCÍA ARCE GODOY
Secretaria

Acta No. 417C
Fecha: 1 de septiembre de 2020.

En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 30 numeral 4, de la Ley 16 de 1968, décimo y catorce del Acuerdo PCSJA17-10715, los Acuerdos PCSJA20-11546, 11549, 11556, 11567 y 11581 de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura, el Decreto Legislativo 806 de 2020, las medidas de autocuidado, prevención y control para un entorno laboral saludable en casa de la ARL Positiva y el Consejo Superior de la Judicatura y los reglamentos de la Sala Especializada para atender los asuntos que refieren los mentados documentos, por correo electrónico, el proyecto de decisión fue puesto a circular para consideración y discusión de los Honorables Magistrados que conforman la Sala Cuarta de Decisión Laboral del H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué, Doctores: Carlos Orlando Velásquez Murcia, Amparo Emilia Peña Mejía y Kennedy Trujillo Salas, el siguiente asunto:

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Parte demandante:	Silvia Liliana Buitrago Burgos - Gabriel Fuentes Ramírez / gabofuentesabogado@gmail.com / 3102122123
Parte demandada:	Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – Diana Marcela espinosa Callejas., la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. - Luis Helmer Urriago Zapata / Maura Alejandra Guzmán Prada chemeurriago66@hotmail.com urriagozapata.abogadosasociados@hotmail.com y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. -Yeudi Vallejo Sánchez / Herney José Montenegro Campos / abogadosvallejo@gmail.com

Intervinientes:	Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y Ministerio Público.
Radicación:	(186-2019) 73001-31-05-005-2019-00031-01
Fecha de decisión:	Sentencia de 9 de octubre de 2019
Motivo:	Apelación de la SAFP y consulta de sentencia adversa a COLPENSIONES.
Tema:	Ineficacia del traslado al RAIS
M. Sustanciador:	Kennedy Trujillo Salas
Fecha de admisión:	24 de octubre de 2019
Fecha de registro:	13 de agosto de 2020
ACTA:	024 de 20 de agosto de 2020

Que en su parte resolutiva dispone:

PRIMERO: Modificar el ordinal segundo de la sentencia proferida el 9 de octubre de 2019 por el Juzgado V Laboral del Circuito de Ibagué en el proceso promovido por Silvia Liliana Buitrago Burgos contra COLPENSIONES y las SAFP PRVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., el cual quedará así:

> SEGUNDO: Ordenar a la SAFP PORVENIR S.A. trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de Silvia Liliana Buitrago Burgos, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, gastos de administración indexados, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos. Lo que implica: (i) que la SAFP normalice la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP (anulación a través de MANTIS) y (ii) que la SAFP devuelva los aportes a COLPENSIONES con la entrega del archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS, para permitir la aceptación y posterior actualización de la historia laboral de manera diligente y sin tropiezos para el afiliado al RPM.

SEGUNDO: Confirmar en lo demàs la sentencia.

TERCERO: Costas de esta instancia a cargo de la SAFP PORVENIR S.A., SAFP PROTECCIÒN S.A. Las agencias en derecho se estiman en $877.803.

CUARTO: En oportunidad: devuélvase el expediente al juzgado de origen.

QUINTO: Esta decisión se notifica en los términos y condiciones del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Sometido el proyecto a consideración la Sala lo APRUEBA.

CARLOS ORLANDO VELASQUEZ MURCIA
Magistrado

AMPARO EMILIA PEÑA MEJÍA
Magistrada

KENNEDY TRUJILLO SALAS
Magistrado

---

[1] **ARTÍCULO 12. RÉGIMENES DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.** El Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber:
a. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.
b. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:
a. [Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003] La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes;
b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.
c. Los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la presente ley.
d. La afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta ley.
e. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, 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;
f. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.

g. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos.
h. En desarrollo del principio de solidaridad, los dos regímenes previstos por el artículo 12 de la presente ley garantizan a sus afiliados el reconocimiento y pago de una pensión mínima en los términos de la presente ley.
i. <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El fondo de solidaridad pensional estará destinado a ampliar la cobertura mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, tales como trabajadores independientes o desempleados, artistas, deportistas, madres comunitarias* y discapacitados. Créase una subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional, destinado a la protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema, mediante un subsidio económico, cuyo origen, monto y regulación se establece en esta ley. La edad para acceder a esta protección será en todo caso tres (3) años inferior a la que rija en el sistema general de pensiones para los afiliados.
j. Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez.
k. Las entidades administradoras de cada uno de los regímenes del Sistema General de Pensiones estarán sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria[<3>].
l. <Literal adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> En ningún caso a partir de la vigencia de esta ley, podrán sustituirse semanas de cotización o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempo de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión. Tampoco podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados, de conformidad con lo previsto en la presente ley. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en pactos o convenciones colectivas de trabajo;
m. <Literal adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran.
n. <Literal adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El Estado es responsable de la dirección, coordinación y control del Sistema General de Pensiones y garante de los recursos pensionales aportados por los afiliados, en los términos de esta ley y controlará su destinación exclusiva, custodia y administración.
La Nación podrá, a partir de la vigencia de la presente ley, asumir gradualmente el pago de las prestaciones y mesadas pensionales de los pensionados que adquirieron su derecho con anterioridad al 4 de julio de 1991, en los nuevos departamentos creados en virtud del artículo 309 de la Constitución Nacional;
o. <Literal adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El sistema general de pensiones propiciará la concertación de los diversos agentes en todos los niveles;
p. <Literal adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. CONDICIONALMENTE exequible. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la presente ley;
q. <Literal adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente ley.
ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud[<1>] en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.
El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios.
[2] (…) Para dilucidar si hubo o no engaño, como lo reclama la censura, se ha de discriminar la información contenida en el documento que se examina, así:
Un primer conjunto de elementos que recoge la situación personal del demandante, de haber ya cumplido 55 años, de contar veinte años de servicio, los montos de su salario para diferentes épocas; lo allí consignado no discrepa de lo que se

alega, y por lo demás son datos que de alguna manera proporciona el mismo interesado, o que él está en posibilidad de verificar.

Un segundo conjunto de elementos son las proyecciones que, a partir de los datos anteriores, se construyen con fórmulas actuariales, y que dan cuenta del posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, y su comparación con la que recibiría en el régimen de prima media; el valor de la primera, dando por admitida la corrección de las fórmulas, de su aplicación y de su pertinencia, es una proyección cuyo resultado final, depende del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, razón por la cual, del mero hecho de no cumplirse las expectativas, no puede predicarse engaño.

Y el tercer conjunto de elementos, son los de los escenarios en los que se podría gozar de pensión: al cumplir los sesenta años y al contar sesenta y dos.

Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, -desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, "*la dirección, coordinación y control*" de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares.

Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social.

La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público.

Ciertamente las administradoras de pensiones son en esencia fiduciarias del servicio público de pensiones, razón por la cual su comportamiento y determinaciones deben estar orientadas no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haberse cernido sobre sí una enfermedad o trauma que lo deja inválido, o la muerte sobre el miembro de la familia del cual depende, o sobre su afiliado cuando le llega el momento de su retiro de la vida productiva por imposición o disfrute de la vejez.

Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

[3] (…) Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a folio 106 aparece la *"ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA",* en donde se señala una mesada pensional de $900.000, a los 60 años, mientras que a folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el *"RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIUDAL*", es de $1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima medida con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

"Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

"En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

"Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

"Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

"El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

"(…).

"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

"Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de

1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

[4] *"…Pues bien, analizado el material persuasivo, no encuentra la Corte que COLFONDOS haya cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.*

Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)…"

[5] *…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*

[6] *"…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…"*

[7] **1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación**

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

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.° 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.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir *«un juicio claro y objetivo»* de *«las mejores opciones del mercado»*.

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y *«formadas en la ética del servicio público»* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el *«deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad»*, premisa que implica dar a conocer *«las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes»*, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»* recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

[8] " (…) *es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario, aunque lo incorporado en él fuese contra evidente, es decir a pesar de la realidad patente de que la actora, para cuando lo suscribió, tenía un derecho consolidado y además la información dada era falaz, desde todo punto de vista, como ya se explicó….*"

[9] **4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado**

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.
Lo anterior, se repite, 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

[10] DEMANDANTE (03.00) (04.26) que realizó el cambio de régimen aproximadamente en el año 1995, que no recordaba el fondo al que se afilió (05.00) que los motivos por los cuales decidió cambiarse de régimen fue porque en ese momento existían las Cajas de previsión, ella trabajaba con la Personería de Ibagué y estaba la situación de trasladarse los empleados a los fondos privados, que ese era el boom del momento, que las Cajas de Previsión en su momento tendían a desaparecer, que por ese motivo la Personería de Ibagué facilitó la asistencia a que los ilustraran para pasarse al fondo del régimen privado como quiera que las Cajas de Previsión tendían a desaparecer, que al momento en que firmó el formulario de afiliación lo hizo de manera voluntaria, que la situación era que debían de pasarse al fondo privado (06.25) que después del tiempo que continuaba con el fondo de pensiones, empezaron compañeros de la Rama Judicial, que estaban en el periodo de la pensión a indicar que estar vinculados con el fondo de pensiones, no era cierto que iban a adquirir una mejor pensión, que ellos mismos empezaron a comentar que era totalmente desfavorable, que no era cierto lo que habían prometido cuando se vincularon, que era que se iba a obtener una mejor pensión en su momento de haberse pasado para el fondo privado, que estuvo haciendo las averiguaciones y definitivamente se logró establecer que era totalmente desfavorable, que no era cierto, lo que iban a obtén de pensión una vez cumplieran los requisitos de ley y que eso es lo que la motivo para el cambio (08.04) que se hizo profesional del derecho en 1987, que se hizo especialista en derecho probatorio en 1993 o 1992 (08.43) que la visita de los asesores del fondo privado fue cuando ella estaba trabajando con la personería municipal, que el personero les comentó y los reunió, estaban en una de las oficinas de la personería y ahí llegaron los asesores, que esos asesores la información que le brindaron fueron 2 puntos que recordaba, que en primer lugar que las Cajas de Previsión se iban a acabar y lo segundo que iban a obtener una mejor pensión, que esos fueron los dos puntos principales que recordaba, porque eso fue en 1995 (10.05) que ella no tenía ilustración respecto a lo que implicaba el traslado de régimen, que una había trabajado nada que tuviera que ver con liquidaciones, pensiones y actuaciones laborales, como quiera que hasta dicho momento se había desempeñado como inspectora de policía, luego trabajo con al Contraloría Departamental como visitadora y posteriormente en la personería de vigilancia administrativa, donde llevaba todos los procesos disciplinarios de la alcaldía y que con la Rama se había especializado en derecho penal, por lo cual no tiene conocimiento y no es su especialidad, que no ha tocado ningún aspecto de la parte laboral en el ejercicio de su cargo (11.06) que ella no se acercó a solicitar información respecto a su pensión, porque los asesores cuando lo visitaban le decían que periódicamente estaban pendiente de los usuarios, de los clientes, que ellos pasaban y que realmente no vio la necesidad de acudir a ningún canal porque aparentemente todas las observaciones que los mismos representantes de esas entidades hacían no daba para ello, por eso no vio nunca la necesidad de acercarse a realizar alguna pregunta, que solo cuando fueron surgiendo esa clase de inquietudes (12.25) que no los asesores en ningún omento le indicaron cuando era la última oportunidad que tenía para cambiarse de régimen, que por conocimiento de un colega de la rama judicial, fue que tuvo noticias de que antes de cumplir los 10 años tenía la opción para solicitar el traslado del fondo privado a Colpensiones, que ella se acercó a Colpensiones y le dijeron que ya no lo podía hacer porque le faltaban 9 años, pero esa información no la recibió de la entidad sino de sus compañeros (13.33) que ella no fue sometida a ningún tipo de presión ni fue obligada a firmar el formulario de afiliación cuando se trasladó al RAIS, que lo hizo de manera voluntaria porque eso era lo que le estaban ofreciendo en el momento (14.07) que ella no reconoce conceptos como renta vitalicia, retiro programado

[11] **ARTICULO 1604. <RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR>.** El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.
El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.
La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.
Todo lo cual, sinembargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

[12] "…*no es dable argüir 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…"*

[13] …De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no *informado*.

Sobre el particular esta Sala ha sentado un precedente consistente, en sedas providencias que datan de 2008 y, recientemente, entre otras, en sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En las más recientes providencias, la Corte también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado tres etapas que históricamente, conforme a las normas que han regulado el tema, abarcan tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo, desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

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

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

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

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales…"

[15] "Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

[16] …*En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).*

Es que cuando están en juego aspectos tan trascendentes como la pérdida de la transición, y de contera la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, se requiere acudir a una hermenéutica que se avenga a los principios que inspiran al sistema y a los regímenes pensionales, en los que se prevé el traslado libre y voluntario, e incluso a las disposiciones que en la ley así lo imponen.

En efecto, es el propio Estatuto de la Seguridad Social el que conceptúa que el régimen de ahorro individual con solidaridad, si bien propende por «la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector público y sector social solidario», se rige bajo el

respeto del «que libremente escojan los afiliados», lo que exhibe que el legislador, si bien permitió que nuevos actores económicos incursionaran en la administración del Sistema Pensional, no descuidó que se honraran las prerrogativas de los afiliados, menos si se tiene en cuenta, se insiste, que regularía derechos constitucionalmente protegidos como la pensión.

Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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.

[17] **La declaración judicial de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, procede siempre que el afiliado haya ejercido el derecho de retracto o haya solicitado el cambio, 10 años antes de cumplir la edad para pensionarse?**

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que no *«existe evidencia en el proceso de que la demandante haya hecho uso del retracto (…) antes de cumplir los 47 años hubiese solicitado el traslado»* del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición y por esa vía la pensión.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información *necesaria y trasparente* que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, de la documental de folios 36 y 192 a través de la cual Porvenir S.A. le comunicó a la actora que pese a tener 1.212,57 semanas cotizadas no tenía el capital suficiente para financiar la prestación y tampoco derecho a la garantía de pensión mínima, habría advertido, certeramente, el *«perjuicio»* que echó de menos, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición.

Ello, porque así la demandante hubiese retornado al régimen de prima media con prestación definida dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional, no tendría la posibilidad de obtener la prestación bajo la égida de la transición, dado que al 1.° de abril de 1994 no contaba con 15 años de cotización o servicios, de manera que la omisión de una información oportuna, clara, completa, comparada así como de las consecuencias de su decisión, de todas formas implicaba la pérdida de los beneficios de la transición.

En conclusión, erró el Tribunal al exigirle a la actora, evidencia de su intención de retornar al régimen de prima media con prestación definida, dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional.

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

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

[19] …Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL17595-2017, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

[…]

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

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

Así mismo, la declaratoria de nulidad de cambio de régimen pensional, conlleva a que sea la Administradora de Pensiones – Colpensiones, la obligada a reconocer y pagar a la señora Arango de Solórzano, la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990.

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

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

"En el sub lite, la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración; el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas fueron pagadas, sólo la diferencia que se presentare entre las mesadas que ya le fueron pagadas, y las que resultaren del reconocimiento que hiciere la administradora de régimen de prima media al que retorna.

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

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

"Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.

"Los derechos pensionales en adelante debe reclamarlos el actor ante quien acredite tenerlos.

[21] Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.° 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a *gastos de administración*, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

En tal sentido, se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.

[22] Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

[23] …Por lo demás, debe memorarse que las costas son aquellas erogaciones económicas que comporta la atención de un proceso judicial, en las que se incluyen las agencias en derecho, que consisten en el valor que el juzgador le da al trabajo del profesional del derecho que ha salido avante en el proceso, las que le corresponde pagar a la parte que resulte derrotada judicialmente, que, para este caso, lo es la demandada.

El numeral 1 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil prevé la condena en costas para la parte vencida en juicio o a quien se le resuelva desfavorablemente los recursos de apelación, casación o revisión que haya interpuesto.

Así, se entiende que la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir…

[24] …En este punto, resulta dable resaltar que, en principio, la condena en costas surge como una erogación económica a cargo del vencido o a quien se resuelva de manera desfavorable dentro de un proceso judicial, con la finalidad de sufragar los gastos en que incurrió la parte vencedora con ocasión del litigio. Ahora, para el caso que nos ocupa, observa esta Sala que si bien existe un desistimiento del recurso por parte del apoderado de la demandante recurrente -el cual en su momento se sustentó y se hizo la respectiva oposición-, éste se presentó con ocasión del reconocimiento, por parte de la demandada, de las pretensiones objeto del pleito en estudio, por lo que deviene improcedente su imposición a la parte que desiste, pues de lo contrario se estaría yendo en contra de la naturaleza y la finalidad misma de esta institución jurídica…

[25] …*Desde ya se advierte que la objeción a la liquidación de costas presentada por el apoderado de la parte recurrente, no tiene vocación de prosperidad, por cuanto e*l numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, prevé la condena en costas para la parte vencida en juicio o a quien se le resuelva desfavorablemente los recursos de apelación, casación o revisión que haya interpuesto.

La condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida y que otorga a favor del vencedor el derecho a que le sean reintegrados los gastos procesales a los que se vio abocados en el proceso, en tanto la contraparte, al interponer el recurso de casación, lo compele a seguir atendiendo el proceso y a realizar nuevas erogaciones…

[26] Como bien se puede observar, el cargo pone a consideración de la Corte, el tema relativo a la prescripción de la acción en materia laboral, tratándose de la nulidad de las actas de conciliación concertadas entre empleadores y trabajadores, para efectos de la terminación de los contratos de trabajo, pues mientras el Tribunal sostiene que se aplica la prescripción extintiva trienal prevista en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el recurrente argumenta que en estos casos se debe tener en cuenta la prescripción de los 20 años, según lo normado en el Código Civil para declarar la nulidad absoluta de los actos jurídicos o contratos - artículos 1740, 1741 y 1742, en armonía con los estatutos procesal civil y contencioso administrativo frente al ejercicio de la acción a partir de la expedición del acto.

Visto lo anterior, la razón está de parte del Tribunal y no del recurrente, por cuanto el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva de acciones y obligaciones en el derecho laboral y de la seguridad social, tiene su **regulación propia** que no permite acudir al Código Civil de la manera sugerida en el ataque, y que corresponde a lo consagrado en los **artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Código Sustantivo del Trabajo**, que establecen un término trienal.

Sobre la improcedencia de acudir al estatuto civil en casos de prescripción de acciones laborales, esta Corporación tuvo la oportunidad de estudiar el tema y pronunciarse en un asunto que si bien aludía a la prescripción civil de la acción en caso de la ocurrencia de un acto punible, en relación con una indemnización laboral plena de perjuicios demandada, sus enseñanzas y directrices son plenamente aplicables al proceso que ahora ocupa la atención de la Sala. Así, que en sentencia del 2 de mayo de 2003 radicado 19854, puntualizó:

"(…..) La disciplina que contiene las normas de Derecho del Trabajo, desde antaño obtuvo independencia de las demás ramas del derecho, de tal manera que tiene unas instituciones con características, identidad y regulación normativa propias, y solo se recurre a las disposiciones de otras codificaciones, ante la ausencia de regulación legal del respectivo tema.

Como el artículo 2º del C. P. del T. y la Seguridad Social, fijó la competencia de la justicia laboral, para dirimir, entre otros, <Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo>*, y eso fue lo que aceptó el demandante cuando adujo en los hechos de la demanda que* <NEMESIO BORJA CUCUNUBA, sufrió un accidente en su sitio de trabajo, con su respectiva denominación de ACCIDENTE DE TRABAJO> *y que* <La responsabilidad del empleador se haya en el propio contrato de trabajo que lo liga con el obrero>*, puede afirmarse, sin dubitación, que se está aduciendo la relación de trabajo y la culpa del empleador, como fuentes generadoras de la indemnización impetrada.*

Acorde con la sentencia de segunda instancia, cuya quiebra se pretende, los razonamientos en ella plasmados partieron de la figura de la prescripción extintiva, que al declararla probada, no permitió que prosperaran las pretensiones de la parte accionante.

Es sabido que la esencia de la prescripción expresada desde el Derecho Romano, radica en la inacción, durante el lapso consagrado en las leyes para el ejercicio de la acción, haciendo presumir el abandono del derecho; que no es más, que el silencio jurídico voluntario del acreedor frente al desconocimiento que de su derecho hace el deudor, pues, al presentarse la prescripción extintiva, por su naturaleza y aún por su esencia, su efecto es la muerte de la acción para reclamar el derecho porque ya lo ha perdido.

Ciertamente, que el fenómeno jurídico de la prescripción, se justifica como lo advierten los doctrinantes, por razones de orden práctico, dado que la seguridad social exige que las relaciones jurídicas, no permanezcan eternamente inciertas y que las situaciones de hecho prolongadas en el tiempo se solucionen, siendo una de las formas de asegurar la paz social.

La aludida figura, como fenómeno extintivo de acciones y de obligaciones en el derecho laboral y de la seguridad social, está regulada en los artículos 151 del C.P.L. y 488 del C.S. del T., que tratan de manera completa y específica, todo lo concerniente a la prescripción de las acciones judiciales en esa materia, estableciendo un término trienal para tal efecto.

Desde la perspectiva expuesta, ante la ausencia de vacío legal; es inadecuado plantear, como lo quiere hacer ver el ataque, que como lo pretendido era una indemnización plena de perjuicios, se debía recurrir al Código Civil en cuanto regula la prescripción de la acción en caso de la ocurrencia de un acto punible, puesto que de verdad el tema en controversia corresponde a la justicia laboral y por supuesto, son las disposiciones laborales, las llamadas a gobernar el sub lite, específicamente las del Código Sustantivo del Trabajo y del Código de Procedimiento Laboral y no las de otras codificaciones, porque resultaría impertinente sobre todo en materia de la prescripción extintiva de las acciones que surgen del contrato de trabajo".

Por consiguiente, como los <contratos de trabajo> que tenían los demandantes son la fuente generadora de las súplicas incoadas en la demanda inicial, respecto de los cuales se pretende la anulación o invalidez de las *"actas de conciliación y terminación voluntaria"* que suscribieron las partes y que pusieron fin a tales vínculos contractuales, es incuestionable que la prescripción extintiva de la acción se debe definir es conforme a la regulación propia del ordenamiento laboral y no del civil o de otra rama del derecho.

Es más en un pronunciamiento más reciente que data del 14 de agosto de 2007 radicado 30732, proferido en un caso análogo donde se discutía la nulidad del acta de conciliación para dar por terminado un contrato de trabajo de una trabajadora oficial, se adoctrinó en torno a la prescripción de la acción para estos eventos, que *"Acerca de las normas que gobiernan la* ***prescripción*** *en materia laboral se tiene que* ***no es viable la aplicación analógica de las normas del Código Civil,*** *como lo pretende en este caso la censura,* ***para efectos de la reclamación de nulidad de la conciliación celebrada por las partes****, habida consideración que en la codificación laboral existe norma expresa específicamente, los* ***artículos 151 del C. P. del T. y la S.S. y 488 del C.S.T.*** *conforme con los cuales, las acciones que emanen de las leyes sociales* ***prescriben en 3 años****"* (resalta y subraya la Sala).

[27] …Desde el umbral, la Corte advierte que no le asiste la razón al impugnante porque la prescripción establecida en los artículos 488 del C.S.T. y 151 C.P.T y de la SS cobija a los asuntos relativos a la seguridad social.

Resulta pertinente, como primera medida, destacar que el conocimiento de la jurisdicción laboral abarca mucho más allá de los simples conflictos originados directa o indirectamente de la relación laboral, para ello basta leer el artículo 2º del C.P.T y S.S, claridad que debe anotarse en tanto el censor parte del supuesto que el concepto de «*leyes sociales*» se contrae exclusivamente a ese tipo de controversias.

Las leyes sociales además de contener en su regulación las relativas a las relaciones de trabajador y empleador, también incluyen las propias de la de seguridad social, que como señala el preámbulo de la Ley 100 de 1993 «es *el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad*».

A la vez, el artículo 2 define como objetivo del sistema integral de seguridad social el:
(…) garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.
El Sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta Ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro
Con ello, limitar el concepto de ley social a la relación subordinada de trabajo es desconocer el avance de derechos catalogados como económicos, sociales y culturales que propenden por garantizar la protección social a toda la comunidad.
También se infiere de los artículos anotados, y de la normativa que desarrolla y reglamenta cada subsistema del Sistema Integral de la Seguridad Social, que aquel está compuesto por diferentes actores; así es que define al sistema como el conjunto de personas, normas y procedimientos, esto es, el reconocimiento de que en cumplimiento del objeto se originan un sinnúmero de relaciones derivadas de la Ley que aun cuando no son subordinadas, no se despojan de la connotación de ley social; y es precisamente por el contenido de protección de la misma que ha quedado definida la competencia en la jurisdicción laboral y de seguridad social.
En la misma línea de pensamiento, esta sala en reciente fallo SL4439-2017, del 22 de mar. 2017, rad. 48368, explicó:
Ahora bien, la pregunta de si esa disposición del estatuto procesal del trabajo aplica o no a materias de seguridad social, la ofrece el mismo artículo que expresamente señala que «las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible». Indudablemente, la referencia a las leyes sociales evoca contenidos de derecho social que involucra no solo las normas relativas a la protección de la persona que trabaja, sino la legislación de protección social o seguridad social dirigida a las personas y a la comunidad frente a las contingencias que las afecten. De ahí que esta Sala de la Corte pacíficamente ha sostenido que este precepto, salvo derechos que por su naturaleza sean imprescriptibles, también cobija los derechos derivados del sistema de seguridad social, como de ello da cuenta la sentencia CSJ SL 24204, 9 ag. 2005, reiterada en CSJ SL 37864, 7 feb. 2012, en la que señaló:
Aunque es cierto que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, hace referencia a los derechos regulados por ese ordenamiento, también lo es que el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se refiere a "Las acciones que emanen de las leyes sociales…" para definir que prescriben en tres años, lo cual incluye aquellas que se originan en las normas de seguridad social, como en el caso presente.
Aunado a lo precedente, se tiene que con la Ley 712 de 2001, se agregó al Código Procesal del Trabajo la expresión «*y de la seguridad social*» consignándose en el numeral 4º del artículo 2º que esta jurisdicción conoce de las controversias surgidas del sistema integral de seguridad social, lo que incluye aquellas «*entidades administradoras o prestadoras cualquiera sea la naturaleza de la relación*» o actos jurídicos en contienda.
La Corte Constitucional, en sentencia C-1027/02, al decidir sobre la exequibilidad de dicho precepto adjetivo, sostuvo:
Mediante la Ley 712 de 2001, por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo, se perfecciona el gran avance logrado por la Ley 362 de 1997, pues al delimitar el campo de la jurisdicción laboral en el artículo 1° de dicho ordenamiento se anuncia que en adelante el Código Procesal del Trabajo se denominará Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, agregando que los asuntos de que conoce la jurisdicción ordinaria "en sus especialidades laboral y de seguridad social" se tramitarán de conformidad con dicho Código.
Así mismo, en el artículo 2° de la ley en mención se regula la competencia general de la jurisdicción ordinaria "en sus especialidades laboral y de seguridad social", atribuyéndole en su numeral 4° acusado el conocimiento de las controversias referentes al "sistema de seguridad social integral" que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.
De esta forma, queda claro que el nuevo estatuto procesal del trabajo reconoce expresamente la autonomía conceptual que al tenor de lo dispuesto en el artículo 48 Fundamental ha adquirido la disciplina de la seguridad social, asignándole a la jurisdicción ordinaria laboral el conocimiento de los asuntos relacionados con el sistema de seguridad social integral en los términos señalados en el numeral 4° del artículo 2° de la Ley 712 de 2001.
En esa perspectiva, interpretando en forma armónica, lógica y sistemática la normativa en precedencia ha de concluirse que no incurrió en error el Tribunal al concluir que se encontraba regido por el 151 *ibidem*, que establece una prescripción general trienal para las acciones emanadas de ese estatuto procesal.
[28] …De entrada se advierte que no tiene fundamento la postura del censor, toda vez que esta Corporación de manera reiterada y pacífica ha establecido que no es procedente declarar probada la excepción de prescripción respecto del pago de aportes al sistema, a través de un título pensional, en razón a que dicho cálculo está destinado a conformar el capital indispensable para el reconocimiento de la pensión (CSJ SL1358-2018), o dicho de otra forma, «*mientras la pensión se encuentre en período de formación, no es exigible y por tanto no prescribe el derecho que le asiste al accionante para poder reclamar el*

cálculo actuarial o bono pensional que le permita completar el número de semanas o aportes requeridos» (CSJ SL7851-2015 y CSJ SL16585-2015).

Por otra parte, si bien la irrenunciabilidad y la imprescriptibilidad son dos figuras jurídicas diferentes, ambas están relacionadas con el derecho fundamental a la seguridad social. En efecto, de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho subjetivo de carácter irrenunciable. Esto quiere decir que, en tanto derecho subjetivo, es exigible judicialmente ante las personas o entidades obligadas a su satisfacción y, en cuanto irrenunciable, es un derecho que no puede ser objeto de dimisión o disposición por su titular y tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades.

En ese sentido, quien no pone en funcionamiento el aparato judicial para reclamar un derecho fundamental e indisponible, como la pensión o los elementos indisolubles para su estructuración como lo son los aportes, dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad (arts. 151 del CPT, 488 del CST), se encuentra habilitado para requerirlo en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción.

Ello, con el fin de que se reconozca la prestación a partir de las semanas cotizadas exigidas al efecto de las que hacen parte aquellas que no fueron sufragadas por el empleador, por omisión o por la inexistencia del llamamiento a inscripción por parte del ISS, las cuales se pagan a través del título pensional o el cálculo actuarial correspondiente, el cual también apareja su imprescriptibilidad ya que integra en un todo la estructura de la pensión.

Con otras palabras, si el derecho pensional es imprescriptible e irrenunciable, también lo es el cálculo actuarial llamado a financiar su pago en cuanto su monto es definitorio de la prestación.

[29] **Excepción de prescripción**

La parte accionada argumenta que desde la fecha en que la actora conoció su situación hasta aquella en que propuso la demanda, transcurrió el término prescriptivo de 3 años consagrado en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Sobre el particular, la Sala considera que *la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible*.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.

Dicho de otro modo: no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero sí los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración. De allí que sea viable la declaratoria de una situación jurídica y a continuación declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento.

En torno al punto, esta Corporación en la sentencia CSJ SL 8397, 5 jul. 1996, reiterada en CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347, 6 sep. 2012 y CSJ SL12715-2014, sostuvo que *«la acción para obtener la decisión judicial declarativa de que un hecho ocurrió de una determinada manera jamás se extingue por prescripción»*. De acuerdo con dicha providencia no es *«aceptable sostener que el sistema legal cierre la posibilidad jurídica de que judicialmente se reconozca después de cierto tiempo la existencia de un hecho del cual dependan consecuencias legales»*.

Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de *«ineficacia»*, en la medida que dicha consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es *comprobar* o *constatar* un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la *litis*.

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que *«el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con* ***la afiliación****, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión»*.

Hay que mencionar que así como la declaración de ineficacia es imprescriptible, los derechos que nacen de ello también tienen igual connotación. En efecto, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un *derecho subjetivo* de orden *irrenunciable*, premisa que implica al menos dos cosas: *(i)* no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular (inalienable e indisponible), como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable). En este sentido, la jurisprudencia del trabajo ha sostenido que el derecho a la pensión o a obtener su valor real, puede ser justiciado *en todo tiempo* (CSJ SL8544-2016).

Además de lo expuesto, considera la Corte que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión. Esta misma postura, fue expuesta por la Sala en reciente providencia CSJ SL1421-2019.

Por consiguiente, para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo, pues, recuérdese, *«la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa»*. De allí que *«la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho»* (CSJ SL8544-2016).

Por último, es oportuno mencionar que si bien el derecho a demandar la ineficacia del traslado y la pensión o su valor real, es imprescriptible, sí lo son las mesadas pensionales no reclamadas dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, conforme lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Sin embargo, en este caso ninguna mesada se extinguió, en la medida que entre la fecha de exigibilidad y la presentación de la demanda inicial, no transcurrieron 3 años