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

SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N°. 23-001-31-05-004-2021-00024-01 FOLIO 220-21

MONTERÍA, VEINTE (20) DE MAYO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, por conducto de apoderado judicial, contra la sentencia pronunciada en audiencia del 15 junio de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería dentro del proceso ordinario laboral promovido por ALBERTO LOBO CONDE contra las apelantes y COLFONDOS, además del grado de consulta por ser adversa la sentencia a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora ALBERTO EMIRO LOBO CONDE, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se condene a PORVENIR S.A a trasladar los aportes en pensión, rendimientos y gastos de administración efectuados en su cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES. A su vez se condene a COLPENSIONES recibirlo como afiliado, así como los aportes que realizó en el RAIS.

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

- El señor ÁLBERTO LOBO CONDE nació el 26 de enero de 1959. Se encuentra laborando desde el 20 de enero de 1992 como inspector único de policía en la Alcaldía Municipal de San Antero, y fue afiliado a la seguridad social en al año 1996 en el Instituto de los Seguros Sociales.

- Que para el año 1996 fue trasladado a COLFONDOS por sugerencias de un asesor de esta entidad, el cual no le brindó una asesoría correspondiente a su derecho de escoger el régimen aplicable que le fuera más favorable.

- Aduce el actor que posterior al traslado mencionado, un asesor comercial de PORVENIR lo visitó en su lugar de trabajo y lo convenció de trasladarse a dicha entidad, sin antes demostrarle una proyección de los montos de su pensión en ambos regímenes, ni tampoco le brindó asesoría respecto a los beneficios y desventajas que conllevaba dicha situación.

- El día 27 de diciembre de 2019 solicitó a la AFP PORVENIR se le trasladaran la totalidad de los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales a COLPENSIONES, y hasta la fecha no ha obtenido respuesta.

- El 27 de diciembre de 2019 solicitó a COLPENSIONES se le permitiera el regreso de sus aportes y que se declare la nulidad del traslado realizado al RAIS. Hasta la fecha la no ha obtenido respuesta.

2.3. Contestación y trámite

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

2.3.1. COLPENSIONES propuso las excepciones de *inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, buena fe, prescripción, y no tener la condición de afiliado de la administradora colombiana de pensiones*

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

2.3.3. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal; en la primea se vinculó al proceso a COLFONDOS, que no propuso excepciones y se allanó a las pretensiones de la demanda; en la última de las audiencias se profirió la

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

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

El Juez trae a colación varios precedentes jurisprudenciales tendientes a fundamentar el principio de escogencia libre y voluntaria del régimen pensional, donde llegan a la conclusión inexorable y repiten que debe darse una información veraz que pueda ser comprendida, así como explicativa, que esté encaminada a escoger el régimen más favorecedor de acuerdo con los intereses del trabajador.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES

Arguye que, teniendo en cuenta que la afiliación de la demandante a PORVENIR fue de manera libre y voluntaria y al ser un acuerdo de voluntades que solo involucra a las partes que intervinieron, tal como se evidencia que Colpensiones fue ajena a esa circunstancia, y le era imposible trasladar al demandante o recibirlo como afiliado por vía administrativa, ya que tal actuación se encuentra prohibida por la ley 100 de 1993, por lo que no es dable que Colpensiones deba asumir las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia.

Expone se debe estudiar la situación particular del actor respecto al tema de una multivinculacion, puesto que el caso del actor ya se encontraba dirimido por ASOFONDOS ya que fue remitido de manera definitiva al RAIS en atención a lo establecido en el Decreto 3995 de 2008, sostiene que las cotizaciones por el realizadas dentro del periodo comprendido entre el 20070701 al 20071231 corresponden en mayor número al RAIS, de manera que, la última afiliación realizada por el demandante fue ante el RAIS administrado por Porvenir, y previa a esta, la realizada ante Colfondos, de manera que serían una de estas dos afiliaciones las efectivamente válidas para el actor, por lo que no hay lugar a que Colpensiones lo reciba como afiliado al RPMPD. Sostiene se les debe absolver de costas, toda vez que en el transcurso del proceso actuó sin temeridad y buena fe, ya que no tuvo implicaciones al acto de traslado de la demandante.

4.2. Apelación de PORVENIR S.A

Muestra inconformidad con la condena, manifiesta que el A-quo desestima el formulario de afiliación incorporado en el informativo, sostiene que jurisprudencialmente se ha manifestado que no se puede obviar el consentimiento informado que se materializa con la suscripción de la solicitud de afiliación, además de que PORVENIR S.A, siempre ha dado cumplimiento a los presupuestos legales en relación con la vinculación de la afiliada al RAIS y actuó conforme a los requisitos establecidos para la afiliación, así como con el deber de la información y buen consejo en cabeza de las AFP. Arguye que tal declaratoria de nulidad violenta abiertamente el principio de la autonomía de la voluntad de la parte demandante.

Manifiesta que el demandante cuenta una densidad de semanas cotizadas equivalentes a 870, de lo cual se extrae que no cuenta con una expectativa legitima de lograr un derecho prestacional en el RAIS, y le es más beneficioso el régimen de ahorro individual con solidaridad, optando por la devolución de saldos.

En lo que concierne a la devolución de gastos de administración, aduce que el artículo 113 de la ley 100 de 1993 establece que esos emolumentos no serán trasladados en caso de un traslado régimen pensional, puesto que el legislador no los menciona. Seguidamente, solicita que, en caso de que en segunda instancia se confirme la devolución de gastos de administración, se le ordene también COLFONDOS remitir los gastos de administración causados en todo el interregno en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Así mismo argumentó que el demandante le falta menos de diez (10) años para pensionarse, por lo que se encuentra dentro de la prohibición legal para trasladarse de régimen.

Sostiene que el despacho dejo de lado lo dispuesto en el artículo 365 del código general del proceso el cual establece la condena en costas, puesto que, aunque COLFONDOS no tuvo actitud litigiosa, también resulto vencido en el presente juicio ya que se condenó a una ineficacia de traslado en un periodo en el cual el demandante estuvo afiliado a esa administradora, por lo cual debe ser también condenada en costas.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

5.1. ALEGATOS DEMANDANTE

Mediante escrito presentado por el apoderado del señor ALBERTO EMIRO LOBO CONDE solicita la confirmación de la sentencia, argumentando de forma sucinta que:

> *"En el caso de marras, se hace necesario traer a colación lo planteado por la H. Corte Sala de Casación laboral rad. 1689/2011, en la cual se pronunció y ha dejado claro lo referente al deber de brindar información a sus afiliados sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen información que debe ser clara, completa, comprensible y trasparente.*
>
> *De las pruebas documentales aportadas al proceso por las entidades demandadas, no se evidencio prueba que lograra demostrar que se efectuó la asesoría adecuada completa y profesional, de modo que los clientes tuvieran información necesaria para tomar una decisión libre y voluntaria en los términos indicados en el artículo 13 de la ley 100/1993 coadyuvado lo anterior por múltiples jurisprudencias, entre ellas la sentencia 33083/2011 31989/2018,*
>
> *A su vez, la sentencia SL 1421 del 2019 en la cual se expresa lo siguiente:*
>
> *"ha sido consistente en señalar que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se limita a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, habrá de estar precedida de una información clara,*

comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea. Tampoco se trata de diligenciar 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."

En armonía con lo anterior, la sentencia 33083/2011

El deber de información no se satisface con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado.

La ley 1328 del 2009, con cimientos en la ley 100 del 93, en la cual se establece la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de brindar información clara, cierta, oportuna a sus usuarios para realizar traslados de un régimen a otro, ahora bien, las demandadas tenían la obligación de reasesor dentro de los términos de la ley 797 del 2003 .ley que permitió retractarse de las afiliaciones de los fondos privados, sin importar si estos son, o no del régimen de transición. En el plenario no se evidencio constancia de que los demandados haber realizaran dicha gestión.

Con base a lo anteriormente planteado, Honorable Tribunal, y señalando que los fondos privados no demostraron con medios convincentes que suministraron la información oportuna dentro de los terminas legales, solicito muy respetuosamente, se confirme en todos y cada una la decisión tomada en la sentencia de primera instancia."

5.2. ALEGATOS DE COLPENSIONES

Oportunamente la Administradora COLPENSIONES allega escrito donde argumentó lo siguiente:

"(…) tenemos que, una vez estudiadas las disposiciones del caso, encontramos que el demandante que inició realizando sus aportes al RPMPD, administrado en ese momento por el ISS, en el año 1994 se trasladó a Protección S.A., donde aún se encuentra vinculada realizando sus aportes en pensión.

Es necesario tener en cuenta que cuando el trabajador, asalariado o independiente se afilia por primera vez al sistema de pensiones, debe elegir el régimen al cual quiere pertenecer (Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida), pero luego tiene la oportunidad de cambiarse o trasladarse de Régimen.

La posibilidad de traslado de Regímenes de pensión está contemplada por el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modifica el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Que los afiliados al Sistema General de Pensiones, podrán escoger el Régimen de Pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos solo 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 del Régimen cuando le faltaren diez (10), años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Analizando la demanda se puede dilucidar que el señor Alberto Emiro Lobo Conde afirma haber iniciado sus cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS desde el 3 de junio de 1996, sin embargo, se avizora que el demandante contaba con una multiafiliación, pues tal como se desprende de la historia laboral expedida por Colpensiones, el señor Lobo Conde fue remitido de manera definitiva al RAIS en atención a lo establecido en el Decreto 3995 de 2008, por lo que se entiende que el proceso fue resuelto mediante decisión emitida por ASOFONDOS, así las cosas, se entiende que por sede

administrativa fue resuelto que la única afiliación valida del demandante es la realizada ante el RAIS.

Así las cosas, debemos acudir a lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 3995 de 2008, el cual es del siguiente tenor:

Artículo 2°. Afiliación válida en situaciones de múltiple vinculación. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos que establece la Ley 797 de 2003. Cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos en la ley, esta última vinculación no será válida y el afiliado incurrirá en múltiple vinculación. La vinculación válida será la correspondiente al último traslado que haya sido efectuado con el cumplimiento de los términos legales antes de incurrir en un estado de múltiple vinculación.

Para definir a qué régimen pensional esta válidamente vinculada una persona que se encuentra en estado de múltiple vinculación al 31 de diciembre de 2007, se aplicarán, por una única vez, las siguientes reglas:

Cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones; en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Para estos efectos, no serán admisibles los pagos de cotizaciones efectuados con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este decreto.

Cuando el afiliado no haya efectuado ninguna cotización o haya realizado el mismo número de cotizaciones en ambos regímenes entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales antes de la situación de múltiple vinculación.

Las reglas previstas en este artículo también aplicarán a aquellos afiliados que se encuentran registrados en las bases de datos de los dos regímenes por no haberse perfeccionado el traslado de régimen.

En el caso de marras, es preciso hacer referencia a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 149/2020 Radicación Nº 75439 MP Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez, para lo cual es pertinente citar lo siguiente:

‘’Ahora bien, como ya quedó sentado, la situación de multivinculación que presentaba la demandante fue resuelta mediante comité realizado por Asofondos, siguiente los lineamientos normativos del artículo transcrito, es decir, que, en aquella oportunidad por mandato legal, se desató el nudo que impedía a la actora hacerse con una pensión de vejez en el Régimen de Prima Media, dado que la única afiliación valida era la correspondiente al régimen administrado por el ISS, hoy Colpensiones.

En tal sentido, advierte la Sala que, si el problema ya se encontraba resuelto, la declaratoria de nulidad de la afiliación al RAIS era innecesaria, visto que la misma fue invalidada, por ende, se casará parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto a las condenas emitidas por la nulidad del traslado de regimenes y la condena de perjuicios contra de la AFP Colfondos. En lo demás, el fallo atacado permanece incólume.’’

Del aparte previamente enunciado se logra colegir que como bien lo menciona la Sala para los casos de multivinculación como es el del señor Alberto Emiro Lobo Conde, debemos ceñirnos por lo normado en el Decreto 3995 de 2008, de manera que, si revisamos estudiamos el caso del actor encontramos que las cotizaciones por el realizadas dentro del periodo comprendido entre el 20070701 al 20071231 corresponden en mayor número al RAIS, de manera que, la última afiliación realizada por el demandante fue ante el RAIS administrado por Porvenir, y previa a esta, la realizada ante Colfondos, de manera que serían una de estas dos afiliaciones las efectivamente válidas para el actor, por lo que no hay lugar a que Colpensiones lo reciba como afiliado al RPMPD.

Es importante enunciar, que no reposa en la demanda copia de la historia laboral del actor en Colfondos ni Porvenir, por lo que se debe solicitar a las entidades se sirvan aportar esta documentación al expediente, puesto que no se encuentra lógico que estando el demandante vinculado desde 1992 a la Alcaldía de San Antero, solo hasta 1996 se haya efectuado su afiliación al Sistema General de Pensiones, podríamos estar incluso frente a un caso en el que la afiliación inicial se haya dado ante el RAIS y no ante el RPMPD como lo afirman en la demanda sin prueba suficiente que soporte este supuesto de hecho. Lo anterior habida cuenta que, revisado el Portal SISPRO – Central Prestadores de Servicios – RUAF (Registro Único de Afiliados), no se evidencia vinculación ante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida antes administrado por el ISS hoy Colpensiones.

El demandante actualmente cuenta con 61 años de edad cumplidos, por lo que le es imposible cambiarse de Régimen, por mandato expreso de la Ley 797 de 2003, que modificó al artículo 13 de la ley 100 de 1993; así mismo es importante señalar que ni el Instituto de Seguro Social ni Colpensiones participaron en la decisión autónoma, libre y voluntaria de haberse trasladado de régimen, de modo que el negocio jurídico solamente afecta a las partes intervinientes en el mismo y no existe ningún elemento probatorio donde se evidencia vicio alguno del consentimiento al realizarse el acto de traslado.

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

No obstante, lo precedente, señalamos que en caso de mantener el sentido de la sentencia proferida en primera instancia, se tenga en cuenta lo siguiente:

5.3. ALEGATOS DE PORVENIR

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

"No le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

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

De igual forma, el artículo 1508, expresa cuáles son los vicios del consentimiento, esto es, error, fuerza o dolo y en los artículos subsiguientes, se explican que se puede presentar; a) error en la naturaleza del acto o negocio jurídico; b) sobre la identidad del objeto; c) en la calidad del objeto; d) o error en la persona. Así también, el artículo 1513, explica las nociones de fuerza, el 1515 del dolo, el 1517, del objeto ilícito, y el 1524 de la causa ilícita.

De otra parte, si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de

las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a lo expuesto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, sin consideración a que esta disposición, indica en forma expresa que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato.

Finalmente, con relación a la figura jurídica de la ineficacia, debe mencionarse que, el artículo 899 Código del Comercio, también enseña que, el acto o negocio jurídico, contrario a una norma, tenga causa u objeto ilícito o lo celebre una persona absolutamente incapaz, es nulo absolutamente, norma que tampoco aplica en este asunto.

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

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

Adicionalmente, no se puede desconocer que Porvenir S.A siempre le garantizó el derecho de retracto, conducta que se prueba con la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

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

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

(...)

Otro aspecto de la mayor relevancia es que, no se puede confundir la ineficacia de un acto jurídico con la nulidad absoluta, como de manera general se hace, en la medida que: "Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes

como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad."

Luego, "la ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido"

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

(...)

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

(...)

Por las anteriores consideraciones, respetuosamente se solicita al H. Tribunal, Sala Laboral, analizar las circunstancias particulares de este proceso que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como tampoco, la ineficacia del acto jurídico por el argumento jurisprudencial de la falta del consentimiento informado, como quiera que mi representada cumplió con la carga probatoria de acreditar que suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación como lo refleja el formulario de afiliación, el cual se reitera se trata de un documento público que se presume auténtico, además que no fue tachado ni desconocido en los términos previstos en la ley, sumado a lo expuesto por la parte actora, en diferentes actos ejecutados por la parte demandante, pruebas que analizadas en conjunto y de manera crítica, sin duda exhiben el tan mentado consentimiento informado, más allá del momento mismo del traslado, inclusive."

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

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

De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado, determinaremos las consecuencia y efectos frente a los accionados. **(iii)** La prescripción de la nulidad y/o ineficacia pregonada.

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

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

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

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

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

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

> ***"El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).***
>
> ***De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.***
>
> ***Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.***
>
> ***En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).***
>
> ***En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1. ° del artículo 97, la obligación de las entidades de* «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».**

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, es la misma Sala de Casación Laboral la que dispone, en casos como este, la

inversión de la carga de la prueba, recayendo en el fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó al demandante la información acerca de lo conveniente e inconveniente de su traslado de régimen, así se plasmó en la sentencia SL-12136 del 03 de septiembre de 2014, radicado 46292, con ponencia de la magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, donde señaló:

> ***"A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.***
>
> ***Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa.***
>
> ***(…)***
>
> ***Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.***

En el sub examine, del material probatorio allegado al proceso se evidencia que, en la historia de vinculaciones generada por la AFP COLFONDOS, se indica que el señor ALBERTO EMIRO LOBO CONDE efectivamente realizó un traslado de régimen pensional del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS, el 29 de octubre de 1996 con efectividad a partir del 12 de diciembre de 1996.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP COLFONDOS SA. demostrar que al momento del traslado del actor le ofreció toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS). No obstante, la AFP COLFONDOS aceptó no haber dado información documental a la accionante sobre las consecuencias negativas del citado traslado así como el capital que tendría que reunir en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener pensión de vejez, ni la diferencia del monto de la mesada pensional entre ambos regímenes, por tanto, ha de concluirse que la AFP COLFONDOS no cumplió con su deber de dar información veraz y completa a la demandante frente a las ventajas y desventajas de su

traslado del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÒN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

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

> ***"De acuerdo al literal B del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la escogencia del sistema general de pensiones por el afiliado es libre y voluntaria, empero esta libertad es cualificada, pues trátese de una libertad informada la cual comporta para la administradora de pensiones el deber de diligencia y cuidado en brindar al afiliado asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o traslado por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos y cartas atestando actuar con libertad y consciencia. En ese orden de ideas les asiste a las administradoras de pensiones la carga de probar todo lo anterior, puesto que conforme al artículo 1604 del código civil la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega, sobre el particular resultan pertinentes entre otras, las sentencias SL-19447 de 2019; SL-782 de 2018; SL-12136 de 2014, SL- del 21 de noviembre de 2011 radicación 33083 y sentencia del 09 de septiembre de 2008 radicación 31989.***
>
> ***En el caso, solo está acreditada la suscripción de la demandante de los formatos de vinculación o traslado, empero no hay prueba alguna de que esa libertad haya sido una libertad informada, esto es, haya sido resultado de la asesoría con las características y dimensiones atrás señaladas, por consiguiente hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS.***
>
> ***(…)***
>
> ***(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional-artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.***
>
> ***(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***
>
> ***(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber***

de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

Nótese que, contrario a lo expuesto por PORVENIR S.A., la sola suscripción del formulario de afiliación no acredita el cumplimiento del deber de información, ni las afirmaciones genéricas que en el formato preimpreso de los formularios pueden aparecer anotados, pues acorde con el precedente citado, *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".*

6.4. En lo atinente a los efectos de la ineficacia del traslado de régimen, imperioso se torna citar lo expuesto en la sentencia SL-1689 del 08 de mayo de 2019, así:

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

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, atendiendo que el demandante nunca se afilió al RAIS, se convierte igualmente en ineficaz el traslado entre fondos del RAIS -de COLFONDOS S.A. a la AFP PORVENIR- que realizó el 1° de febrero de 2018 con efectividad a partir del mes de abril de 2018, dado que los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional abarca a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el demandante al RAIS, sin importar que hayan -o no- participado en el acto de afiliación inicial, pues la ineficacia implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el traslado de régimen no hubiera existido, en efecto, todo vuelve a su estado anterior, es decir, la originaria afiliación al sistema de pensiones a través del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Sobre este tópico manifestó la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 5686-2021, MP IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ que:

> ***"(…) Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adoctrinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema. Así lo expuso la Sala en la primera decisión citada:***
>
> > ***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.***
> >
> > ***Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Así, como consecuencia directa, es evidente que afecta la validez de los actos jurídicos subsiguientes, entre ellos los traslados que se efectúen entre los diversos fondos privados.***
> >
> > ***Y ello es así pues, como lo ha explicado con profusión la jurisprudencia de la Sala, la declaratoria de ineficacia trae consigo la vuelta al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás (CSJ SL1688- 2019 y CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, entre muchas otras). Lo anterior, salvo que la persona tenga la calidad de pensionada, pues en este evento la jurisprudencia tiene sentado que no es factible reversar o retrotraer dicha calidad para restablecer la afiliación en el régimen de prima media, como si la persona nunca se hubiese trasladado de régimen (CSJ SL373-2021).***
> >
> > ***Sin embargo, esta es una precisa excepción -no aplicable al caso concreto- que procura salvaguardar situaciones pensionales consolidadas y evitar serios traumatismos en la gestión e intervención de terceros en el sistema pensional que incluso podrían afectar gravemente la situación pensional de la persona afiliada; de ahí que la persona tenga la posibilidad de solicitar los perjuicios que eventualmente le hubiese causado ese acto de traslado sin cumplimiento del deber de información a cargo de la AFP, siempre que se demuestren debidamente. Es decir que, aún en estos casos, la transgresión de la ley por parte de las entidades administradoras puede generar consecuencias jurídicas.***
> >
> > ***Ahora, debe aclararse que en la sentencia CSJ SL413-2018, la Corte consideró que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, en efecto pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior, y desde luego de permanecer en el fondo de su elección; sin embargo, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.***

Ahora bien, resulta acertado ordenar a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para

pensión que se encuentren en la cuenta individual del actor en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si lo hubiere, ello por cuanto dispone la Ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que ella prevé. Asimismo, procedente es ordenar a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES, los valores que por concepto de gastos de administración hubiere recibido durante el tiempo que estuvo afiliado el señor ALBERTO EMIRO LOBO CONDE, desde el primero (1) de diciembre de 1996 a marzo de 2018, lo que conllevará la adición del numeral cuarto de la sentencia consultada. Sobre este tópico sostuvo la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 4609 de 2021, MP LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ que:

> ***"Por tanto, para el afiliado, la permanencia en el régimen que escoja libremente se convertirá en la causa directa de los recursos disponibles con que cuente en el futuro para afrontar el retiro laboral y las consecuencias económicas de las necesidades que acompañan a la vejez, proceso en el que es parte fundamental su administradora de pensiones.***
>
> ***En ese sentido, reiteró la Corte en sentencia CSJ SL4806-2020, que habrá ineficacia de la afiliación: De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.***
>
> ***Por tal razón, en tratándose de ineficacia, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)".***

Por otra parte, COLPENSIONES pregona que no puede plantearse el traslado de régimen por cuanto lo que realmente se dio fue una multiafiliación del actor, la que fue dirimida considerando como afiliación valida y definitiva al RAIS; no obstante, examinadas las pruebas documentales allegadas con la contestación a la demanda por la referida administradora, se detalla del reporte de semanas cotizadas por ella expedida actualizadas al 7 de diciembre de 2020 y 25 de marzo de 2021, dejan al descubierto que el demandante si estuvo afiliado a COLPENSIONES para el mes de junio de 1996 bajo el empleador ALCALDIA DEL MUNICIPIO DE SAN ANTERO; aún más, en el plenario obra certificación expedida por COLPENSIONES adiada 18 de marzo de 2020 en la que se indica que verificada la base de datos de afiliados el demandante estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida y su estado es TRASLADADO A OTRO FONDO, así mismo,

del documento que da cuenta de la consulta realizada al SISPRO y RUAF, se evidencia que la afiliación a COLFONDOS lo fue en el mes de diciembre de 1996, lo que no ofrece duda de que inicialmente el actor fue afiliado al régimen de prima media y luego trasladado al RAIS en COLFONDOS, siendo irrelevante para los puntos debatidos en el proceso si con posterioridad se determinó multiafiliación, de la cual, dicho sea de paso, no obra prueba en el plenario.

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

6.5. Proponen los accionados la excepción de prescripción, la que no está llamada a prosperar atendiendo lo expuesto en la SL-1689 del 201, M.P. Dra CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO:

> ***"En conclusión: la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)".***

Y frente a la prescripción de las cuotas de administración y saldos a devolver al régimen de prima media, en sentencia SL 2877-2020 se precisó:

> ***"De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***
>
> ***En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.***
>
> ***Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en***

otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP".

6.6. COSTAS.

Frente a la inconformidad de las partes demandadas en cuanto a la condena en costas impuestas en primera instancia, es imperioso indicar que el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P. prevé tal condena a la parte vencida en el proceso, por lo que estas procedían en primera instancia a cargo de las citadas entidades, aún más si tomamos en consideración que COLPENSIONES y PORVENIR se opusieron a las pretensiones y propusieron excepciones, cuyo resultado fue desfavorable. Ha de advertirse que, como quiera que COLFONDOS se allanó a las pretensiones de la demanda, no se causan en su contra las costas sugeridas por PORVENIR.

Lo antes expuestos constituye fundamento para impartir condena en costas en esta instancia a cargo de las apelantes, atendiendo el resultado de la alzada y la réplica de la parte demandante.

Y, como quiera que recientemente la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, amén de que en Sala Especializada esta Corporación acogió tal criterio, se fijarán las agencias en 1 SMMLV a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. que, según el numeral 4° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general.

VII. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el **numeral cuarto** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido que la condena a la devolución de los gastos de administración indexados, también se impone a COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: CONFÍRMAR la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, agencias en derecho en la suma señalada en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado