

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N°. 23-001-31-05-001-2018-00261-01 - FOLIO 201-21**

VEINTICUATRO (24) DE MAYO DE DOS MIL VEINTIDOS (2022)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, por conducto de apoderado judicial, contra la sentencia pronunciada en audiencia del 25 de mayo de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por EDISON MADERA NADAD contra JUAN CARLOS GUTIERREZ VASQUEZ y LUZ ELENA VASQUEZ DE GUTIERREZ.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora EDISON MADERA NADAD, se declare la existencia de contrato laboral a término indefinido entre él y los señores LUZ ELENA VASQUEZ DE GUTIERREZ y JUAN CARLOS GUTIERREZ VASQUEZ. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se condene a pagar cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, primas de servicio, dotaciones, sanción moratoria.

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

- Que fue contratado por los señores Luz Elena Vásquez y Juan Carlos Gutiérrez Vásquez, mediante contrato verbal en el cargo de conductor; relación laboral que inició el 21 de Junio del año 2014 hasta el 29 de diciembre de 2016.

-Sus funciones consistían en conducir el vehículo marca Volkswagen, placas TTG137, modelo 2006, carrocería furgón-semiremolque, que se encuentra en cabeza de la señora Luz Elena Vásquez de Gutiérrez, transportando mercancía a nivel nacional a la empresa Transportadora Comercial Colombia S.A, TCC.

- Prestó sus servicios personales de lunes a sábado en el horario establecido por el empleador de 6 Am a 10 Pm y devengaba un salario básico de 1.200.000 pesos.

- Manifiesta que la relación laboral terminó de forma unilateral por parte del empleador el 29 de diciembre de 2016, lo cual comunicó verbalmente al demandante, debiendo comunicar la terminación del contrato con 30 días de anticipación, es decir, que la causal no está consagrada en el Art 62 y 63 del C.S.T, por lo que el despido es injustificado y se debe indemnizar al demandante

- Que el demandante no ha recibido el pago de sus prestaciones sociales por el tiempo laborado, es decir, dos años, seis meses y ocho días.

2.3. Contestación y trámite

2.3.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma se tuvo por contestada por la parte demandada señor JUAN CARLOS GUTIERREZ, a su vez se avizora que no presentó medios exceptivos.

Ahora bien, mediante auto del 24 de octubre de 2019 se tuvo por no contestada la demanda por parte de LUZ ELENA VASQUEZ DE GUTIERREZ, quien actuó representada por Curador Ad Litem.

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

III. LA SENTENCIA APELADA

Precisó el fallador de primera instancia, luego de citar la definición del contrato de trabajo prevista en el artículo 22 del C.S. del T, los elementos del contrato conforme al artículo 23,

la presunción del artículo 24 ibídem, artículo 53 de la Carta Política sobre el principio de la realidad, no hay discusión frente a la prestación del servicio del actor y el contrato verbal de trabajo, centrándose la discusión en los extremos cronológicos que rigieron el mismo; indicó la prueba testimonial puede dar fe de la prestación personal del servicio de manera continuada y consideró que no encuentra prueba allegada por la parte accionada que desvirtuó la presunción legal del artículo 24, por lo cual declaró que entre el señor EDINSON FERNANDO MADERO NADAD y JUAN CARLOS GUTIERREZ VASQUEZ existió un contrato verbal de trabajo a término indefinido, desde el marco histórico comprendido desde el 21 de junio de 2014 hasta el 29 de diciembre de 2016.

En cuanto a la terminación del contrato de trabajo, concluye que no está acreditada la terminación de contrato de trabajo por parte del empleador, por lo que absuelve de cualquier tipo de indemnización. Impone condena por cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones; absolvió por concepto de dotaciones, sanción moratoria. Finalmente, impuso costas a cargo de la parte accionada.

Reitera que, en cuanto a la accionada Luz Elena Vásquez de Gutiérrez, del interrogatorio absuelto por el accionante se extrae la inexistencia de vínculo entre ellos, por lo tanto, se excluye y se absuelve de todas las pretensiones de la demanda presentada contra ella.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

El demandado muestra inconformidad con la condena al considerar no fue valorada en conjunto la prueba documental, atendiendo que no ha existido trabajo entre ellos; que la prueba testimonial no fue contundente para demostrar la relación laboral, por lo tanto, no se logró demostrar la subordinación dentro del proceso y tampoco en las pruebas, amén de que el demandante no cumplía un horario como tal. Refiere que el actor solo conducía cuando TCC necesitaba el vehículo y estos eran contratados por FRACOR. Asimismo, plantea que su pago era por servicio contratado.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad concedida en esta instancia para alegar, las partes permanecieron en silencio.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico a resolver teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en el recurso de apelación, se ciñe a dilucidar: (i) Si puede pregonarse el contrato de trabajo entre el demandante en el tiempo comprendido del 21 de junio de 2014 hasta el 29 de diciembre de 2016, (ii) De ser así, determinar quien ostenta la calidad de empleador.

6.3. Sea lo primero indicar que el contrato de trabajo está previsto en el artículo 22 del CST como “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”. Precisando la norma que quien presta el servicio se denomina trabajador, mientras quien lo recibe y remunera será el empleador.

A su vez, el artículo 23 ibídem establece como elementos esenciales de un contrato de trabajo la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por él mismo, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución del servicio.

Se ha planteado que frente a debates donde se discute la existencia del contrato de trabajo, la ley otorga una ventaja probatoria al trabajador ante la presunción legal dispuesta en el artículo 24 del C.S.T, al precisar que toda relación laboral de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo.; así, por ejemplo, en sentencia SL5042-2020, Radicación N° 78990 del 25 de noviembre de 2020, M.P., Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán, expuso la Sala de Casación Laboral:

“La Corte debe recordar también que, en el marco de ese ejercicio discursivo, el trabajador tiene una evidente ventaja probatoria establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo con el cual, demostrada la prestación personal del servicio, debe presumirse la existencia del contrato de trabajo, siendo carga de la demandada derruir esa presunción con los medios probatorios pertinentes y centrándose, se repite, en las realidades de la vinculación, más que en sus convenciones formales, que en este escenario pierden su validez y obligatoriedad.(...).

Lo anterior deja sin piso, de entrada, la inconformidad del apelante al sostener que no se probó por el demandante la subordinación para determinar la existencia del contrato de trabajo, pues bastaba al actor con acreditar que prestó los servicios al demandado para que surgiera la presunción de la existencia del contrato de trabajo entre ellos, correspondiéndole al accionado desvirtuar que en la relación laboral se presentaron los elementos propios del contrato de trabajo a la luz del artículo 23 del C.S. del T.

Y es que realmente no hay discusión frente a la conclusión de que el demandante prestó sus servicios personales al accionado, pues éste así lo admitió al contestar la demanda, especialmente al referirse a los hechos 1° y 2° del líbello demandatorio, en cuanto sostuvo que el demandante le prestó sus servicios como conductor; que su madre -la accionada LUZ ELENA- no tuvo relación alguna con el demandante y además no fue quien celebró contrato de prestación de servicios con el demandante; además de que añadió que el actor conducía el furgón “cuando al camión se le requería la prestación del servicio de carga al señor JUAN CARLOS como poseedor del vehículo”.

Por tanto, correspondía al accionado derruir la presunción del artículo 24 que sirvió de soporte al fallador de primera instancia para declarar el contrato de trabajo, lo que realmente no hizo, pues frente a su inconformidad relacionada a una indebida valoración de las pruebas documentales, es imperioso precisar que las aportadas por el demandado correspondientes a manifiestos de entrega de mercancías de TCC, certificado de prestación de servicios a TCC (fl 60) confirman la prestación del servicio por el actor en la conducción del vehículo, cuyo poseedor y/o tenedor es el apelante. Así mismo, al absolver interrogatorio de parte, el accionado aceptó la prestación del servicio por el actor y en los extremos señalados en la demanda.

Amén de lo anterior, jurisprudencialmente se ha sostenido la primacía de la realidad sobre las formalidades plasmadas en los documentos, ejemplo de ello es la sentencia SL-2450 del 14 de julio de 2020, radicación No. 80346, M.P. MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO, en la que se precisó:

“Esta Corporación ha señalado insistentemente que debe prevalecer la realidad frente a documentos formales tratándose de la existencia de un contrato de trabajo realidad, así en sentencia CSJ SL, 25 may. 2010, rad. 35790, se puntualizó:

(...)En reiteradas ocasiones esta Sala de la Corte “ha explicado que en materia laboral los datos formales que resultan de documentos contractuales o similares, aunque sean elaborados de buena fe o con todas las apariencias de legalidad que sean del caso, no necesariamente son definitivos para establecer la existencia o inexistencia del vínculo contractual laboral, ya que deben preferirse los datos que ofrece la realidad de la relación jurídica analizada, si contradice lo que informan los aludidos documentos”.

Y es que no puede pasarse por alto que, en el caso estudiado, amén de las pruebas documentales que dan cuenta de la prestación del servicio, reposa el testimonio arrimado por la parte demandante del señor ELKIN HERNÁN NEGRETE GUEVARA, quien fue claro al explicar que trabajaba como conductor transportando mercancías de la empresa TCC desde el año 2013, que el demandante fue su compañero, siendo miembro del gremio de conductores al servicio del señor Juan Gutiérrez Vásquez, a quien señala como su patrón y la persona encargada de los carros suministrados a TCC para el transporte de su mercancía cuando dicha empresa necesitaba dicho servicio; indicó que el demandante cumplía un horario de trabajo de lunes a Sábado, desde las 5 am y sin que se estableciera hora de terminación de labores por cuanto desconocían a qué hora retornarían; que era el demandado la persona que les pagaba semanalmente.

Lo que permite dar certeza de la real prestación del servicio por el demandante a favor del hoy accionado.

Por otra parte, acorde con lo dispuesto por el artículo 61 del C.S. T. que regula la libre formación del convencimiento, ***“El Juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio. (...)”***, tópico sobre el que se precisó en sentencia SL 663-2022, Radicado 78770, MP Dra ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA, que:

“Para dar respuesta al segundo cargo, formulado por la vía directa, basta con indicar que en materia laboral y en desarrollo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, no es posible limitar la eficacia de la prueba testimonial, en la forma como lo establece el artículo 225 del Código General del Proceso, por varias razones.

La primera, es que el contrato de trabajo no exige como requisito para su configuración de la existencia de un escrito o del cumplimiento de una determinada solemnidad. Tanto es así, que el contrato puede constar por escrito o simplemente ser verbal, sin que en este último caso se afecte su validez.

En segundo término, la legislación laboral consagra la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo, cuando quiera que exista una relación laboral, aspecto regulado por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que si bien no sirvió de fundamento a la sentencia ha tenido un desarrollo amplio en la jurisprudencia de esta Corporación.

Y en tercer lugar, porque conforme al artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que por ser regla especial tiene aplicación preferente en los juicios del trabajo, el juez laboral no está sujeto a una tarifa legal de la prueba y puede formar libremente su convencimiento, haciendo prevalecer sobre otras, aquellas pruebas que le ofrezcan mayor certidumbre sobre un hecho determinado.

Es oportuno recordar que, sobre esta última norma, señaló esta Sala en la sentencia CSJ SL2885-2019 lo siguiente:

En este punto, la Corporación considera oportuno señalar que el Colegiado de instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, puede apreciar libremente las diferentes pruebas y fundar su decisión en aquellos elementos probatorios que le merecen mayor persuasión o credibilidad y que le permiten hallar la verdad real, siempre y cuando las inferencias sean lógicas y razonables.

Entonces, para la Sala, no es atinado el ataque que por la vía directa se le hace a la sentencia del Tribunal, pues no se evidencia la infracción medio del mencionado artículo 225, que conduzca a la violación de las demás normas incluidas dentro de la proposición jurídica de este cargo.

(...)

Para el recurrente existió una falta de apreciación de esta prueba. Sin embargo, no es cierto que el Tribunal la haya ignorado, porque en su análisis del primer elemento del contrato, que valga decirlo, resultaba innecesario dada la presunción contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, invocó los testimonios de Jorge Santos Yoardo Ojeda, Rafael Charris Acosta y Paris Tercero Mejía Herrera, quienes manifestaron que conocían al demandante desde hacía más de 20 años, trabajando para el señor José Calasan Gutiérrez, como cobrador de los buses de su propiedad, incluso cuando la ruta intermunicipal estaba a cargo de la empresa Transalfa, que fue anterior a Cootransoriente.(...)

No sobra insistir, ahora, en que según lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, el Tribunal puede apreciar libremente los diferentes elementos de juicio, sin que esa circunstancia, por sí sola, tenga la virtud de constituir un yerro fáctico evidente capaz de derruir la decisión.

En efecto, la formación del libre convencimiento aunada al principio de la sana crítica implica que el juez debe fundar su decisión en aquellos elementos probatorios que le merecen mayor persuasión o credibilidad, y que le permiten hallar la verdad real, siempre y cuando las inferencias sean lógicas y razonables, tal como estima la Sala, ocurrió en el asunto bajo examen.

Por tanto, acreditado como fue por el demandante la prestación del servicio a favor del accionado, nace la presunción del contrato de trabajo y ante la omisión del accionado de desvirtuar los elementos del contrato laboral, es decir, la subordinación y la remuneración, acertada se torna la decisión del fallador de declarar el vínculo laboral como se hizo; oportuno es destacar que, aunque el accionado fue reiterativo en indicar que los servicios prestados por el accionante fueron ocasionales, y destacó que de ello da cuenta la prueba documental que arrimó al proceso, esa temporalidad se desvirtuó con la declaración del único testigo llamado al proceso, que, como ya lo expusimos, dio cuenta de que el demandante laboraba todos los días de lunes a sábado, sin que el accionado allegara prueba que permitiera restarle credibilidad al testimonio.

De conformidad con lo expuesto no tiene reparos la Sala a la sentencia apelada por lo que será confirmada, No se impondrán costas en esta instancia por cuanto no se causaron.

VII. DECISIÓN.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N°. 23-001-31-05-004-2019-00324-01 - FOLIO 229-21**

VEINTICUATRO (24) DE MAYO DE DOS MIL VEINTIDOS (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES, como el grado jurisdiccional de consulta por ser adversa a la segunda la sentencia pronunciada en audiencia el veintitrés (23) de junio de dos mil veintiuno (2021), proferida por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MONTERÍA, dentro del proceso ordinario laboral promovido por UQUER ISABEL GUZMAN JULIO contra PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., COLPENSIONES, integrado a la litis la Empresa Social del Estado - E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DE TIERRALTA – CÓRDOBA.

II. ANTECEDENTES

2.1. DEMANDA

Pretende la parte actora UQUER ISABEL GUZMAN JULIO, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por PROTECCION S.A.; en consecuencia, se declare su regreso al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, se CONDENE a COLFONDOS S.A trasladar los aportes en pensión efectuados por el accionante y sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones.

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

- Nació el 26 de agosto de 1965.

- A partir del 18 de diciembre de 1994 se vinculó laboralmente con la ESE HOSPITAL SAN JOSE DE TIERRA ALTA, mediante el cual se afilió en pensiones al REGIMEN DE PRIMA MEDIA administrado en ese momento por la CAJA DEPARTAMENTAL DE PREVISION SOCIAL DE CORDOBA.

- En el mes de enero de 1996 se trasladó al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, por conducto de PROTECCION S.A, quien omitió informarle documentalmente acerca de las consecuencias negativas, dañosas de dejar el régimen de prima media y hacer efectivo su traslado al RAIS; NO le advirtió con documento alguno acerca del monto del capital que tendría que consignar/ reunir/ depositar, en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener una pensión por vejez digna, aunado a que no le suministró información documentada con la diferencia del monto de la mesada pensional entre el régimen de prima media y el RAIS.

-El 26 de febrero de 1997 la demandante se trasladó a la administradora de fondo de pensiones COLFONDOS S.A, en el cual se encuentra actualmente afiliada.

-El 17 de septiembre de 2019 la demandante presentó solicitud de traslado de régimen ante COLPENSIONES, la que fue rechazada en misiva del 17 de septiembre de 2019 con fundamento en que la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

2.3. CONTESTACIÓN Y TRÁMITE

Admitida la demanda y notificada en legal forma, las accionadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito, mientras que COLFONDOS se allanó a las mismas.

2.3.1. PROTECCION S.A. propuso las excepciones de mérito de *Prescripción, buena fe, inexistencia de razones para la ineficacia o nulidad del acto de traslado, compensación, excepción genérica.*

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

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante, declarando la nulidad o ineficacia del acto de traslado efectuado por la señora UQUER ISABEL GUZMAN JULIO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la sociedad PROTECCION S.A el día 1º de febrero de 1996, y ulteriormente ratificado a través de la sociedad COLFONDOS S.A. el día veintiséis (26º) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997); lo anterior al considerar que la accionada PROTECCION S.A no acreditó que el traslado de fondo de la accionante fue voluntario, ya que no se encuentran los requisitos jurídicos que comporta el sistema general de pensión, en el evento concreto en el cual el régimen de ahorro individual con solidaridad le es menos favorable a su expectativa pensional respecto a la que puede otorgarle el régimen de prima media con prestación definida, la cual quebranta sus garantías constitucionales fundamentales e irrenunciables a la seguridad social.

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

administradoras de régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado e incluso los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

En cuanto a los medios exceptivos propuestos por PROTECCION S.A y COLPENSIONES S.A, los declaró; ordenó a la Administradora de Fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual – COLFONDOS S.A. que, de manera inmediata, proceda a realizar la devolución de los aportes, rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante, debidamente indexados o actualizados con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, regentado por COLPENSIONES. Condenó en costas a las accionadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A.

Se absolvió de las pretensiones a la ESE vinculado por considerar se configura falta de legitimación en la causa por pasiva.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de Colpensiones.

Aduce que se está en un acto de negocio jurídico de traslado del cual el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, hoy COLPENSIONES, no tuvo participación alguna dentro del traslado de régimen del demandante; asimismo, revisada la historia laboral de la demandante no se avizora que la misma se encontró afiliada al ISS – Colpensiones.

Destacó que la demandante inicio sus cotizaciones dentro del régimen de prima media ante la caja de previsión departamental de Córdoba y posteriormente fue que realizó su traslado a COLPENSIONES y después a COLFONDOS, encontrándose afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad desde el año 1996; que al momento de la presentación de la demanda contaba con 54 años de edad cumplidos, por lo que es imposible por mandato de la ley 797 de 2003 trasladarse de régimen pensional, es decir, por vía administrativa no era posible que COLPENSIONES accediera a esta pretensión.

La demandante no hizo uso a la voluntad de retracto debido a que en ningún momento desde que realizo su traslado al régimen de ahorro individual, le manifestó a COLPENSIONES de

sus intenciones de retornar al régimen de prima media con prestación definida; solicita se estudie la posibilidad en este caso de que sean los fondos privados PROTECCION S.A y COLFONDOS S.A, los condenados a otorgar los derechos y beneficios a la afiliada de la forma en la que correspondería en el régimen de prima media con prestación definida en lugar de COLPENSIONES; esto debido a que fueron estas entidades la que intervinieron en el negocio jurídico de traslado que dio origen a la suscripción del contrato que generó el traslado de la demandante.

Solicita que, atendiendo sus argumentos, se revoque la sentencia en su totalidad y se exonere a Colpensiones de todas las condenas impuestas en la misma, entre ellas las costas de primera instancia.

4.2. Apelación de Protección S.A.

Interpone recurso parcial contra la sentencia, respecto a la condena de pago de gastos de administración, teniendo en cuenta que el artículo 7 de la ley 797 de 2003 es muy claro cuando se le impone a las AFP hacer el descuento de los gastos de administración de los aportes a pensión, por lo tanto considera que la entidad cumplió con su deber legal, siendo estos necesarios para el funcionamiento de la AFP, debido a esto al devolverlos se pone en riesgo el funcionamiento de esta y del sistema general de seguridad social; asimismo debe tenerse en cuenta que la entidad cumplió con sus obligaciones, en razón a que generó unos rendimientos y con ello una mejor expectativa pensional para la demandante; plantea respecto al seguro de invalidez y sobrevivencia que fue pagado a un tercero, por lo tanto, con la orden de devolución se afectaría a un tercero que no hace parte del juicio, asimismo se afectaría también unas cuentas de dinero público, toda vez que se hacen también unos descuentos para los fondos de garantías mínimas de pensión, que maneja el Ministerio de Hacienda a través de su oficina de bono pensionales.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

5.1. Alegatos de Colpensiones

“Analizando la demanda, se logra evidenciar que el demandante inició sus cotizaciones en materia pensional ante el RPMPD administrado por la CAJA DEPARTAMENTAL DE PREVISION SOCIAL DE CORDOBA, posteriormente se trasladó al RAIS administrado por Protección S.A. y ulteriormente hacia Colfondos S.A., sociedad en la que se encuentra afiliada desde el 26 de febrero de 1997 hasta la fecha. Así las cosas, es importante señalar que, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, respecto de sus afiliados; pero quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPM, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social cuya liquidación se ordenare y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy COLPENSIONES. El Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE y el artículo 4 de esta preceptiva ordenó el traslado de sus afiliados, al Instituto de Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia del decreto en mención y, en consecuencia, el traslado se hizo efectivo en el mes de julio de 2009.

Precisado lo anterior, encontramos que la demandante manifestó expresamente su voluntad de afiliarse al RAIS administrado en ese entonces por Protección S.A. y posteriormente ratificó su voluntad al afiliarse a través de Colfondos S.A., de no haber sido así, su afiliación le habría permitido permanecer en el RPMPD y posteriormente ser trasladada al ISS hoy Colpensiones

La accionante pretende trasladarse al RPMPD administrado por Colpensiones; no obstante, debe señalarse que en la decisión libre y voluntaria tomada por el demandante no medió ni autorización ni consentimiento por parte de Colpensiones, hecho que permite concluir que la Entidad no debe responder por un acto o negocio jurídico del cual no ha hecho parte, ni es responsable de la decisión tomada por el Fondo Privado de Pensiones. Es menester aclarar que la demandante nunca estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones, revisados los sistemas de información para determinar la afiliación de la demandante al RPMPM, hallamos que no se refleja afiliación al ISS hoy Colpensiones dentro de ningún tiempo, y lo que nos lleva a que en caso de que se decrete la nulidad del acto de afiliación realizado por la actora hacia Horizonte hoy Porvenir S.A., el estado natura al que habría lugar no sería la afiliación ante Colpensiones”.

5.2. Alegatos de Protección S.A.

“.... en el hipotético caso en que sea declarada la nulidad o ineficacia del acto demandado, NO es procedente que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por comisión de cuotas de administración, toda vez que se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos que han tenido sus efectos pues los rendimientos financieros no son automáticos, sino producto de la administración. Unos dineros no administrados o al administrados antes de generar rendimientos tienden a disminuirse.

Lo anterior se concluye de lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil que habla de los efectos de la declaratoria de nulidad “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; En término de lo expuesto les pido señores magistrados no confirmar lo relativo a la orden de devolver los gastos de administración

Igualmente se pide revocar lo relativo a los gastos destinados al seguro provisional por considerar que no es procedente la devolución de los dineros destinados a tal cosa toda vez que dicho porcentaje fue descontado con base en la Ley y fue girado directamente a la

aseguradora prestante del servicio, quien es un tercero de buena fe. Siendo estas razones suficientes solicito la revocatoria del fallo apelado en estos dos aspectos.”

5.3. Alegatos de la demandante.

“El suscrito respeta pero no comparte los argumentos esbozados por las entidades demandadas para sustentar su recurso de alzada, pues en este proceso lo que se echa de menos es la FALTA DE INFORMACIÓN DOCUMENTADA, en donde se le haya dado a conocer al potencial afiliado los por menores acerca de las consecuencias ya sean positivas o negativas que traía consigo el cambio de régimen pensional, lo cual no se hizo por parte del fondo de pensiones PROTECCION al momento de la afiliación, lo que a las claras es una violación a lo establecido en el artículo 13 literal b, y el artículo 271 de la ley 100 de 1993 respectivamente, el cual reza que la afiliación al sistema de pensiones debe es libre y voluntaria, y si esto no fuera así la afiliación quedaría sin efectos

. Ahora aterrizando en el caso que nos ocupa podemos afirmar con total certeza que al demandante no se le dio toda la información necesaria para tomar la decisión de trasladarse de régimen, pue era el fondo de pensiones quien tenía la obligación de advertirle con documento alguno acerca de los pro y los contra, los beneficios y perjuicios que traía el cambio de régimen, como por ejemplo que se le explicara sobre el monto del capital que tendría que consignar o reunir, o depositar en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener una pensión por vejez digna, ó la diferencia del monto de la mesada pensional entre el Régimen de Prima Media y el RAIS, pero encontramos que brilla por su ausencia en el expediente documento que demuestre que al demandante se le brindo esta información al momento del cambio de régimen por parte del fondo privado, por lo cual es acertada la decisión del a-quo de decretar la ineficacia del traslado pensional del actor, y debe confirmarse la sentencia.”

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

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

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

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

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

que el interesado tenga mayor conocimiento sobre todos los aspectos que rodean el sistema pensional y los regímenes que lo conforman, tendrá la posibilidad de poder tomar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse una real consentimiento libre y voluntario.

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

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

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

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

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, el entendimiento de la Corte respecto del tipo o clase de información con la cual se cumplía el mentado deber se acompasa con la dinámica legislativa y reglamentaria que siempre quiso poner en cabeza de las administradoras de pensiones tal previsión, la de brindar información, no de cualquier calidad sino calificada, dada la complejidad técnica del tema y las incidencias que una decisión de ese calibre podría llegar a tener en la vida de un trabajador.

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

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

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

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

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

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

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

Al remitirnos a las pruebas documentales arrojadas al proceso, detallamos el formulario de afiliación que suscribiera la demandante al fondo de pensiones PROTECCION S.A, adiado 25 de enero de 1996, el cual contiene la leyenda en formato preestablecido por la entidad de que la afiliación la hace de forma libre, espontánea y sin presiones, pero del cual no puede extraerse la información que echa de menos la actora y la exigible en la ley para poderse establecer que se configuró el consentimiento informado.

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

Ahora bien, se indica en la alzada que la parte actora se afilió inicialmente al régimen de prima media administrado por la CAJA DEPARTAMENTAL DE PREVISIÓN SOCIAL, entidad que fuera liquidada, más no estuvo afiliada a COLPENSIONES, siendo oportuno citar lo expuesto en la SL4175-2021, MP Dr Luis Benedicto Herrera Díaz, donde sobre el tema se anunció:

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

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

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

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

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

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

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

Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía

administrativa y patrimonio independiente –Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011).

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

(...)

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

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

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, al tenerse que la demandante nunca se afilió al RAIS, resulta acertado ordenar a la AFP COLFONDOS S.A, en el cual se encuentra actualmente afiliada, trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual de la actora en

el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si los hubiere, ello por cuanto dispone la ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que ella prevé.

En ese mismo sentido, se tornaría procedente ordenar a COLFONDOS S.A. que reintegre al régimen de prima media con prestación definida las sumas que por gastos de administración, seguros previsionales y cualquier otro concepto haya descontado de la cuenta individual o aportes efectuados por la accionante durante el tiempo que ésta estuvo afiliado a ese fondo, destacando que si bien ese tópico no fue objeto de recurso de alzada, dado que la consulta de la sentencia se surte a favor de COLPENSIONES y los citados recursos deben ingresar al fondo común que conforma el régimen que esta administra, surge procedente adicionar el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia en ese sentido.

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

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

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

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

Así mismo, acertó el fallador de primera instancia al ordenar a COLPENSIONES recibir a la actora como afiliada a dicho régimen (prima media con prestación definida), por cuanto, así como no se requirió que esa administradora interviniera en la decisión de traslado, tampoco

se requiere su autorización para la declaratoria de ineficacia y el retorno al régimen de prima media, que es efecto de aquella.

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

“Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016”

(...)

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

Y frente a la prescripción de las cuotas de administración en los términos planteados por PROTECCION S.A 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 cubre 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”.

Y en cuanto a la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, en sentencia SL587-2022, MP JORGE PRADA SÁNCHEZ precisó:

“(…) A juicio de la Sala, la intervención de los asesores y la firma del formulario de vinculación, no constituyen prueba concreta de la asesoría que el citado fondo debió suministrar a la demandante, de donde se impone colegir que el traslado no estuvo precedido de un consentimiento informado y, por tanto, deviene ineficaz. En providencia CSJ SL3199-2021, la Sala discurrió:

[...] como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- 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, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Así las cosas, se revocará el fallo del a quo, para declarar la ineficacia del traslado efectuado el 8 febrero de 1997 (fl. 121) y condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, junto con los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración cobrados a la actora, que deberán ser indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, en la medida en que la declaratoria de ineficacia conlleva que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido. (...)”

6.4. COSTAS.

Frente a la inconformidad de la parte demandada COLPENSIONES, en cuanto a la condena en costas impuestas en primera instancia por la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, es imperioso indicar que el artículo 365 del C.G.P. prevé:

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

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

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

Así, en el caso estudiado, aunque la parte vencida en el proceso lo fueron COLFONDOS S.A., COLPENSIONES Y PROTECCION S.A, dentro del trámite surtido en ambas

instancias COLFONDOS S.A no se opuso a las pretensiones planteadas ni propuso excepciones de mérito, no planteo controversia frente a los argumentos de la parte actora, contrario a las actuaciones surtidas por los restantes demandados, lo que tornaba viable la condena a costas en primera instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCION S.A, quienes no solo se opusieron a las pretensiones sino que plantearon excepciones de mérito; y como quiera que el recurso de alzada igualmente les fue adverso, además de que hubo réplica de la parte accionante, es fundamento para imponer condena en costas de esta instancia a cargo de ellas.

Y, como quiera que recientemente la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, amén de que en Sala Especializada esta Corporación acogió tal criterio, se fijarán tales agencias en 1 SMMLV para cada una de las accionadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN 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 4° de la sentencia consultada en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.** trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los descuentos que haya realizado a la cuenta individual de la actora durante el tiempo que estuvo afiliada en el RAIS a dicho fondo, por conceptos de gastos de administración, seguro previsional, comisiones, junto a sus rendimientos financieros.

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

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de los apelantes, agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

CUARTO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ
Magistrado

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



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

Radicado N°. 23-001-31-05-003-2018-00208-01 FOLIO 240-21

VEINTICUATRO (24) DE MAYO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Desata el Tribunal el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia pronunciada en audiencia del 25 de junio de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por FANNY MARÍA SAENZ PUENTES contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora que, en virtud del principio de la realidad sobre las formas, principio de favorabilidad y de irrenunciabilidad de los derechos establecidos en las normas laborales, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR desde el 3 de septiembre de 1987 hasta el 5 de diciembre de 2013. Como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad accionada a pagarle diferencia salarial, cesantías, intereses de cesantías, primas de servicio, vacaciones, indemnización por no consignación de las cesantías oportunamente, sanción moratoria, costas y agencias en derecho.

2.2. Funda sus pretensiones, de forma sucinta, en los siguientes hechos:

- La demandante FANNY MARÍA SAENZ PUENTES laboró al servicio del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, en el programa de hogares comunitarios de bienestar, desde el 3 de septiembre de 1987 hasta el 5 de diciembre de 2013.
- El cargo para el cual fue contratada es de MADRE COMUNITARIA en el municipio de Montería-Córdoba, por lo que en el desempeño de sus funciones es la responsable de la atención de las necesidades básicas de nutrición, salud, educación, recreación, protección, desarrollo y bienestar de los niños a su cargo, ello de conformidad a las disposiciones del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-.
- Que desempeña de manera personal sus funciones, cumpliendo con una jornada de trabajo de ocho horas diarias, desde las 08:00 am hasta las 04:00 pm, de lunes a viernes, estando, además en disposición para laborar en una jornada más amplia en función de las necesidades de los padres que deben llevar a sus niños antes del inicio de la jornada o recogerlos después de finalizada.
- Como contraprestación económica ha venido recibiendo una remuneración denominada beca o bonificación inferior al salario mínimo legal mensual vigente de cada año respectivo, equivalente al 50% del mismo, ello desde el 3 de septiembre de 1987, fecha en la cual se vinculó al –ICBF-
- Aduce que ha estado bajo la subordinación del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR a través de la seccional Córdoba, prestando sus servicios de manera personal con una función pública, cumpliendo así con la política pública de la entidad.
- Por disposición del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-, para el cumplimiento de su función misional, requiere que las MADRES COMUNITARIAS se organicen a través de intermediarios denominados fundaciones, juntas, asociaciones de padres de familia, cooperativas u otras organizaciones comunitarias, las cuales sustituyen periódicamente sin que eso implique interrupción del servicio, buscando desdibujar la verdadera relación laboral existentes entre las partes.
- Durante la vigencia de la relación laboral no le cancelaron sus prestaciones sociales, tales como: cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios y vacaciones, por lo que el 26 de enero de 2017 presentó reclamación administrativa solicitando pago de prestaciones sociales, pago de aportes a seguridad social y las sanciones e indemnizaciones por el no pago oportuno

de salario; sin embargo la entidad demandada a través del acto administrativo N° S-2017-086236-2300 del 17 de febrero de 2017, dio respuesta negativa a la petición.

2.3. Contestación y trámite

2.3.1. El ente accionado presentó escrito de contestación a la demanda negando los hechos, excepto el referente a la reclamación administrativa; se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de *inexistencia de la causa para demandar, imposibilidad fáctica y jurídica de reconocer la existencia de contrato realidad, prescripción, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido y genérica o innominada*.

2.3.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, y, en la última, la parte accionante y la parte accionada prescindieron de los testimonios, procediéndose a proferir la;

III. LA SENTENCIA CONSULTADA

El fallador inicial declaró probada la excepción de mérito denominada *imposibilidad fáctica y jurídica de reconocer la existencia de contrato realidad* propuesta por la parte accionada, al considerar que no se encuentra acreditado dentro del plenario que la demandante hubiera prestado sus servicios de una manera personal a la entidad demandada. Asimismo, pone de presente que para el ordenamiento jurídico colombiano no existe relación laboral entre las madres comunitarias y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF-, toda vez que esa relación se fundamenta en la voluntad solidaria de carácter social que realizan las madres comunitarias y de la misma no puede pregonarse una condición de servidoras publicas bajo la dependencia del accionado y ni siquiera una dependencia y subordinación.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad otorgada a los sujetos procesales en esta segunda instancia, estos guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Presupuestos procesales

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

5.2. Problema jurídico a resolver

Se ciñe a determinar **i)** si puede pregonarse la existencia del contrato de trabajo realidad entre la actora y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, **ii)** de ser así, la procedencia de las prestaciones y acreencias laborales reclamadas, **iii)** la sanción moratoria invocada.

5.3. Iniciemos por indicar que, pregona la actora la existencia del contrato de trabajo con el ente accionado, a través del cual desempeñó funciones como madre comunitaria, siendo menester traer a colación lo establecido en el artículo 22 del C.S. del T que dispone:

“1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”.

2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario”.

A su vez el artículo 23 de la misma normatividad establece:

“1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo

b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliquen al país, y

c) Un salario como retribución del servicio.

“2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.

Sobre el asunto hoy de debate hay que precisar, de entrada, que la Corte Constitucional en sentencia SU-079 del 09 de agosto de 2018, M.P. JOSE FERNANDO REYES CUARTAS, desató el siguiente problema jurídico:

“¿Determinar si entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- y las madres comunitarias y sustitutas puede predicarse la existencia de una relación laboral, con las consecuentes obligaciones que de allí se derivan, tales como el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, de acuerdo a lo alegado por las accionantes?”

Para resolver el anterior interrogante la H. Corte Constitucional efectuó el siguiente análisis en cuanto al programa de hogares comunitarios del Bienestar Familiar:

“A través de la Ley 89 de 1988, se creó el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, donde se definen los mismos como “aquellos que se constituyen a través de becas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- a las familias con miras a que en acción mancomunada con sus vecinos y utilizando un alto contenido de recursos locales, atiendan las necesidades básicas de nutrición, salud, protección y desarrollo individual y social de los niños de los estratos sociales pobres del país” (art. 1, parágrafo 2)”

En desarrollo de esta ley, el Decreto Reglamentario 2019 de 1989 dispuso que los programas de Hogares de Bienestar se fundamentan en el trabajo solidario de la comunidad, encaminado a garantizar a los niños la atención de sus necesidades básicas, especialmente en los aspectos de nutrición, protección y desarrollo individual y se constituyen “mediante las becas que asigne el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los recursos locales”.

A través del Decreto 1340 de 1995 se estableció que el trabajo de las personas que participen en el programa de Hogares de Bienestar, es una contribución voluntaria, puesto que la obligación de asistir a los menores es de la familia y la sociedad, por lo tanto, su vinculación no constituye relación laboral con ninguna entidad.

En la providencia que se analiza la Corte también hizo un análisis al Acuerdo 21 de 1996 expedido por el ICBF, a la ley 1607 de 2012 y al Decreto 289 de 2014, normatividades con las que se reglamentó la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades operadoras del programa de hogares comunitarios de bienestar, exponiendo lo siguiente:

“El ICBF expidió el Acuerdo 21 de 1996, “Por el cual se dictan lineamientos y procedimientos técnicos y administrativos para la organización y funcionamiento del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar (...)”

Igualmente, prevé la normativa que es la Asociación de Padres la responsable del cumplimiento del contrato de aporte y quien designa a las madres comunitarias, las cuales aceptan y participan del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar “mediante una vinculación de trabajo solidario y de contribución voluntaria” (art. 5º).

(...)

La Ley 1607 de 2012, otorgó a las madres comunitarias y sustitutas una beca por un salario mínimo legal mensual vigente. Además, indicó que, de manera progresiva durante los años 2013 y 2014, se diseñarían y adoptarían diferentes modalidades de vinculación, en procura de garantizar a todas las madres comunitarias el salario mínimo legal mensual vigente, sin que lo anterior implicara otorgarles la calidad de funcionarias públicas. (...)

En desarrollo de la anterior disposición, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 289 de 2014 reglamentando la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades operadoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar. Así, establece el artículo 2º que “Las Madres Comunitarias serán vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo suscrito con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de

Bienestar y contarán con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social” (Destaca la Sala). DEL MISMO MODO, EL ARTÍCULO 3° PREVÉ QUE “LAS MADRES COMUNITARIAS NO TENDRÁN LA CALIDAD DE SERVIDORAS PÚBLICAS. SUS SERVICIOS SE PRESTARÁN A LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DEL PROGRAMA DE HOGARES COMUNITARIOS, LAS CUALES TIENEN LA CONDICIÓN DE ÚNICO EMPLEADOR, SIN QUE SE PUEDA PREDICAR SOLIDARIDAD PATRONAL CON EL ICBF”.

Adicional a lo anterior, la Corte Constitucional también efectuó un estudio histórico sobre la jurisprudencia, en relación a la vinculación de las madres comunitarias y el ICBF, exponiendo lo siguiente:

“La jurisprudencia constitucional ha sostenido de antaño que la vinculación de las madres comunitarias con los Hogares Comunitarios de Bienestar es de naturaleza contractual, regido bajo las normas civiles. En efecto, en sentencia T-269 de 1995, la Sala Primera de Revisión al conocer la acción de tutela que interpuso una madre comunitaria con ocasión de su desvinculación, sostuvo:

(...)

En el mismo sentido se pronunció la Sala Plena en sentencia SU 224 de 1998, al examinar la acción de tutela interpuesta por una madre comunitaria que reclamaba la protección de los derechos al trabajo y a la igualdad, los cuales consideró vulnerados por cuanto fue suspendida del servicio que prestaba en un Hogar de Bienestar Familiar.

En esa decisión se reiteró que el vínculo entre la asociación de padres de familia de los hogares comunitarios de bienestar y las madres comunitarias, era de naturaleza contractual y origen civil. (...)

Posteriormente, se empezó a transformar la jurisprudencia, al sostenerse que la relación entre las madres comunitarias y el ICBF tenían un régimen jurídico intermedio entre el trabajo subordinado e independiente. En este sentido, la sentencia T-628 de 2012 señaló:

“Las características dadas a esta actividad por las normas legales y reglamentarias vigentes denotan que es una forma de trabajo que, aunque en principio no es subordinado y no genera relación laboral, sí permite a las personas que la ejercen dignificarse a través del desarrollo de un oficio y darse a sí mismas y a sus familias acceso a condiciones materiales de vida digna al percibir una retribución económica y acceso a la seguridad social a cambio de la prestación de sus servicios personales.

11.- También es necesario aclarar que, aunque el mencionado artículo excluye la relación laboral entre las madres comunitarias y las asociaciones o entidades que participan del Programa, su régimen jurídico no es igual al de los trabajadores independientes, como parece entender el ICBF en el escrito de intervención que allegó durante el trámite de revisión.

(...)

Con fundamento en la Ley 1607 de 2012, la Sala Primera de Revisión, en sentencia T-478 de 2013, encontró que el sistema legal relacionado con las madres comunitarias se encontraba en “un período de transición”, puesto que en el año 2014 debía transitar del régimen jurídico intermedio al de una relación laboral “por la que devengarán un salario mínimo legal vigente. Finalmente, debe destacarse que durante este año 2013, la beca o bonificación que reciben las madres comunitarias debe ser equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente”.

De forma similar, la Sala Octava de Revisión, en sentencia T-130 de 2015 también concluyó que el régimen jurídico de las madres comunitarias, desde el año 2014, se convirtió en un

sistema laboral con ciertas especificidades, siendo su primer paso la Ley 1607 de 2012 “que dispuso que durante el año 2013 la beca o bonificación que recibían las madres comunitarias debía equivaler al valor de un salario mínimo legal mensual vigente; además, se mantuvo el subsidio especial otorgado a las madres comunitarias para sus aportes al Sistema General de Pensiones por medio del Fondo de Solidaridad Pensional. El segundo avance se produjo con la expedición del Decreto 289 de 2014 reglamentó la vinculación laboral de las madres comunitarias con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, de manera que cuenten con todos los derechos y garantías consagradas en el Código Sustantivo de Trabajo, de acuerdo con la modalidad contractual y las normas que regulan el Sistema de Protección Social”

(...)

Situación particular se dio en la sentencia T-480 de 2016 donde se analizaron los casos de 106 madres comunitarias que consideraron vulnerados sus derechos por no pagarles los aportes para pensión entre el momento en que se vincularon y el 31 de enero de 2014.

En ese fallo –posteriormente anulado por desconocer el precedente en este punto particular– se encontró que en cada uno de los asuntos analizados se cumplieron con los requisitos determinados por la legislación laboral para la estructura del contrato de trabajo, es decir, se estableció que (i) las accionantes de manera directa ejercieron labores de madres comunitarias, cumpliendo un horario en un lugar determinado y (ii) bajo la dirección del ICBF, quien (iii) asumió el pago periódico, fijo y constante de una retribución por sus servicios.

(...)

En Auto 186 de 2017, la Sala Plena declaró la nulidad parcial de la sentencia, al considerar que se estructuró la causal denominada cambio de jurisprudencia, en tanto se desconoció la sentencia SU 224 de 1998 sobre la inexistencia del contrato laboral en las relaciones de las madres comunitarias y el ICBF, la cual constituía la jurisprudencia en vigor, sin que se hubiera cumplido con la carga de justificar el apartamiento de la misma. (...)

(...)

“En conclusión, con anterioridad a la Ley 1607 de 2012 y el Decreto 289 de 2014, las madres comunitarias no tuvieron vínculo o relación laboral con los organismos o entidades responsables por la ejecución del Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, lo cual supone que estos últimos no estaban obligados legalmente al pago de aportes parafiscales en favor de las primeras. Recuérdese que las tareas efectuadas por las madres comunitarias se realizaron dentro del marco de un trabajo solidario y una contribución voluntaria, de conformidad con la normatividad legal y la jurisprudencia constitucional. Respecto a esto último, recuérdese que esta Corporación en sus distintos fallos, de revisión ha considerado que el vínculo entre las madres comunitarias y el Programa Hogares Comunitarios de Bienestar, era de carácter contractual civil, siendo por este aspecto anulada parcialmente la única sentencia (T-480 de 2016) que estimó la existencia de un contrato realidad de trabajo”.

Luego del análisis normativo y jurisprudencial, la Corte precisó:

“Debe recordarse que solo a partir del año 2014 con la expedición del Decreto 289, las madres comunitarias fueron vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo con las entidades administradoras del Programa, quien es su único empleador, contando desde entonces con todos los derechos y garantías propios de una relación laboral.

Acorde con lo anterior, bastan los precedentes jurisprudenciales citados para concluir que no puede pregonarse la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y el ente accionado, como quiera que su labor como madre comunitaria fue desarrollada de conformidad a la implementación del programa HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR del ICBF regional Córdoba, se precisa ello obedece a la realización de un trabajo solidario como contribución voluntaria en el desarrollo del servicio, de la cual no puede extraerse la existencia del contrato de trabajo.

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

5.4. Costas.

No hay lugar a condena en costas en esta instancia debido a que las mismas no se causaron, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8o del artículo 365 del C.G.P.

VI. DECISIÓN

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

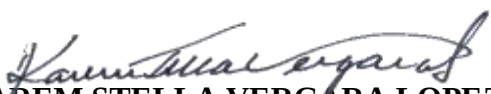
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



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

Radicado No Radicado No 23-001-31-05-004-2021-00039-01 FOLIO 274-2021

VEINTICUATRO (24) DE MAYO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN.

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos, por conducto de apoderado judicial, por las partes demandadas **PROTECCION S.A** y **COLPENSIONES**, como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia pronunciada en audiencia del 27 julio de 2021 por el **JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MONTERÍA**, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **DAVID EDUARDO DIAZ VILLALOBOS** contra **PROTECCION S.A** y **COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES.

2.1. DEMANDA.

Pretende la parte actora **DAVID EDUARDO DIAZ VILLALOBOS**, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PROTECCION S.A**, efectuado el 15 de marzo de 1999. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se ordene al fondo de ahorro individual con solidaridad **PROTECCION S.A** que emita el respectivo bono pensional o traslade los aportes del demandante al régimen solidario de prima media con prestación definida que administra **COLPENSIONES**. Asimismo, solicita se ordene a **PROTECCION S.A** y **COLPENSIONES** que realicen todos los trámites pertinentes con el fin de materializar la afiliación del actor al **RPMPD**; se declare que el demandante es beneficiario del régimen de transición; además se invocan costas y agencias en derecho a la demandada y se condene extra y ultra petita.

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

-El demandante realizó cotizaciones al régimen solidario de prima media con prestación definida administrado por el ISS desde el 19 de octubre de 1981 hasta el 30 de julio de 1998, se trasladó el 15 de marzo de 1999 al régimen de ahorro individual PROTECCION FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

- Cuando se afilio a PROTECCION FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A, no se le suministró el plan de pensiones ni el reglamento de funcionamiento, tampoco se le brindó la asesoría con información completa y precisa sobre las consecuencias que tendría el traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad, en especial no se le informó que dicha afiliación implicaba la renuncia al régimen de transición pensional.

- Desde el 30 de febrero de 1999 hasta el 30 de octubre de 2019, ha cotizado a PROTECCION FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

- El 20 de octubre de 2020 el demandante, a través de apoderado judicial, envió bajo guía No 9118524654 de la empresa de correspondencia SERVIENTREGA, un derecho de petición a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A, solicitando el traslado de esa AFP hacia COLPENSIONES, además de copia auténtica de todos los documentos que hubiese suscrito para la afiliación a esa AFP, la cual fue recibida el 21 de octubre de 2020.

- El mismo 20 de octubre de 2020, mediante la empresa de correspondencia SERVIENTREGA bajo la guía No 9118524655, el demandante a través de apoderado judicial envió un derecho de petición a COLPENSIONES, a fin de que dicha entidad realizara todas las gestiones pertinentes para lograr su traslado al REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA, por ser beneficiario del régimen de transición, el cual fue recibido el 21 de octubre de 2020

- Por medio de correo electrónico recibido el 8 de febrero de 2021, COLPENSIONES dio respuesta de forma negativa a la solicitud elevada argumentando que no era posible activar la afiliación al régimen solidario de prima media con prestación definida, como tampoco recibir los aportes realizados en la AFP; en cuanto a PROTECCIÓN, a través de correo electrónico recibido el 26 de octubre de 2020, dio respuesta negativa a la solicitud elevada

por el demandante, indicando en el numeral 4 que no cuentan con los soportes físicos de la asesoría brindada en el proceso de vinculación.

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. PROTECCION propuso las excepciones de *Ausencia de vicio en la declaración de voluntad que genere el traslado de régimen, prescripción, buena fe, devolución de frutos y obligaciones recíprocas en caso de decretarse la nulidad o ineficacia, innominada o genérica.*

2.3.2. COLPENSIONES propuso las excepciones de *Prescripción, buena fe, 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, innominada o genérica, no tener la condición de afiliado de la administradora colombiana de pensiones, Ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.*

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

III. SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante declarando la ineficacia del acto traslado que hiciera el demandante del régimen prima media al RAIS el 15 de marzo de 1999 con efectividad a partir del 1 de mayo de ese mismo año; como consecuencia de ello, consideró que el actor conserva la condición de afiliado al régimen de prima media con prestación definida; condenó a PROTECCION devolver a COLPENSIONES los aportes, rendimientos, bonos pensionales (Si los hubiere), gastos de administración y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual del demandante, debidamente actualizados o indexados; ordenó a COLPENSIONES que proceda a recibir al demandante como afiliado al régimen de prima media sin solución de continuidad. Por último, impuso costas y agencias en derecho a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A.

Precisò el A-Quo que, de las líneas jurisprudenciales, se extrae con absoluta claridad que la declaratoria de ineficacia de traslado, sólo está sujeta a que se demuestre que el fondo de pensiones, en este caso, las administradoras de los fondos privados, a quienes migraron de forma masiva los afiliados del ISS hoy COLPENSIONES, desde la entrada en vigencia de los mismos, no acrediten con prueba fehaciente que documentaron y brindaron la asesoría necesaria a sus afiliados, acerca de las bondades, ventajas y desventajas de permanecer a uno u otro régimen, más no está condicionada a la procedencia de pertenecer el afiliado al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, o si tiene una expectativa o derecho pensional consolidado, pues basta con que se acredite que el usuario no fue informado para que proceda la ineficacia del traslado.

Que, al remitirse al acervo probatorio recaudado en el proceso, a fin de determinar si efectivamente hubo omisión por parte del fondo de pensiones y cesantías PROTECCION S.A, se evidencia que en fecha 15 de marzo de 1999, el actor suscribió “SOLICITUD DE VINCULACION FONDO OBLIGATORIO DE PENSIONES”, con DAVIVIR PENSIONES Y CESANTIAS, el cual se fusiono con el fondo de pensiones y cesantías hoy accionado PROTECCION S.A, generando esto que el demandante se encuentre afiliado al entidad accionada PROTECCION S.A, efectivizándose su traslado el 1 de mayo de 1999, no se comprobó por parte de esta entidad que la información entregada al demandante fuera una información profesional ni documental, que inclusive es carga de la administradora de persuadirlo de que no incurriera en una decisión que pudiera perjudicar a sus expectativas pensionales, y si bien la demandada COLPENSIONES indica que el traslado hacia al RAIS se hizo de manera libre, voluntaria y sin pensiones, considera no puede pregonarse una libertad de escogencia cuando el fondo demandado PORVENIR S.A., no aportó prueba alguna que logre demostrar que cumplió con su obligación de suministrar la debida asesoría a la demandante.

En cuanto a los medios exceptivos propuestos por PROTECCION S.A y COLPENSIONES S.A, los declaro no probados fundamentado en precedentes jurisprudenciales de la sala de casación laboral y en las pruebas allegadas al proceso.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. APELACIÓN DE PROTECCION

Interpuso Protección S.A. recurso de apelación de manera parcial, sobre el numeral 4 de la sentencia, haciendo énfasis en los gastos de administración, esgrimiendo que debe tenerse en cuenta que la afiliación del demandante se dio en mayo de 1999, que la entidad se acogió a

las normas establecidas en ese momento, por lo que si bien PROTECCION S.A. no se opone en lo que respecta a la ineficacia del traslado, por saber que existe una posición jurisprudencial bastante fuerte en este sentido, solicita al tribunal que se aleje de dicha posición jurisprudencial que es relativamente nueva, en lo que respecta a la devolución de los gastos de administración, esto en razón a que no existe una coherencia jurídica en la condena en devolver gastos de administración, atendiendo a que el contrato de afiliación o traslado de régimen es un contrato de tracto sucesivo, por lo que el efecto de la declaratoria de ineficacia es la terminación del contrato, en razón de esto no se puede entender que las obligaciones que se dieron durante la duración del mismo desaparecen dado que la naturaleza de este mismo contrato, que en este caso fue la prestación de un servicio, no se puede devolver en el tiempo.

Por tanto -añade- si entendemos que el contrato termina en este punto, producto de una declaratoria de ineficacia y que por tanto se tiene unos rendimientos financieros, estamos entendiendo también que se genera unos gastos de administración, porque no existe un rendimiento financiero sin gastos de administración, entonces por lo que devolver ambos dineros es un contrasentido, no puede ser entendido ni siquiera por una sanción, porque este tipo de sanciones solo tendría que tenerse en cuenta como una norma, que no existe en este caso, por tanto solicita se revoque el fallo de primera instancia en cuanto a la devolución de gastos de administración.

Recuerda que si bien se está recurriendo al recurso de alzada, no se está solicitando que se revoque la totalidad de la misma, si no solamente lo que respecta a la devolución de los gastos de administración y que además el presente proceso debe subir de manera automática a segunda instancia, en razón que posee un grado de consulta automática, por lo tanto la imposición del recurso no está retrasando el proceso o causando prejuicios al demandante, solicita que se tenga esto en cuenta por el tribunal para que al momento de imponer condena en costas estas sean impuestas de manera leve o no sean impuestas en lo absoluto.

4.2. APELACIÓN DE COLPENSIONES

Muestra inconformidad con la condena, argumentando que la afiliación es un acto jurídico el cual solo genera obligaciones a las partes que intervienen, no es Colpensiones sino tercero ajeno que no participó en el acto jurídico, se vio afectado por los alcances de la declaratoria de ineficacia de traslado efectuado por la demandante. Se logra establecer que en el acto de traslado la administradora no interviene en ningún momento, no promovió ni participó en el traslado de régimen efectuado por el señor DAVID EDUARDO DIAZ VILLALOBOS, de manera que Colpensiones siempre fue un tercero en esa circunstancia.

Solicita se estudie la posibilidad de que sea el fondo privado receptor, como único y exclusivo participante de este acto y/o negocio jurídico de traslado, quien acceda a los derechos, las prerrogativas y demás situaciones a las que habría tenido lugar el demandante en caso de haber permanecido dentro del régimen de prima media con prestación definida, esto en razón a que como se ha comprobado dentro del proceso, COLPENSIONES no ha sido más que un tercero.

Cita el artículo 1495 del C.C, toda vez que no se evidencia que los intereses pensionales del demandante se estén viendo afectados, habida cuenta que el demandante en ningún momento solicitò ante COLPENSIONES y PROTECCION S.A. una proyección pensional, aunado a lo anterior se evidencia una vulneración a la estabilidad financiera de COLPENSIONES; reitera que el demandante al momento de la presentación de la demanda contaba con 67 años, por lo tanto la entidad no podía recibirlo por vía administrativa, solicitando por lo tanto que se exonere a COLPENSIONES de la condena en costas impuestas en primera instancia, toda vez que el único facultado para determinar si es procedente recibir al demandante como afiliado era el honorable juez laboral.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. COLPENSIONES S.A. reitera los argumentos expuestos dentro de la interposición del recurso de alzada

5.2. ALEGATOS DEL DEMANDANTE

“Presento alegatos de conclusión el apoderado del demandante, fundamentándose en que los hechos relatados en el escrito de la demanda se encuentran probados y en los siguientes fundamentos de derecho: Ineficacia del traslado del régimen pensional por incumplimiento al deber de información de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.; (...) En el presente caso, ninguna de las obligaciones descritas se cumplió por parte de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.; toda vez que, nunca se le brindó una verdadera asesoría que le permitiera tener claro las condiciones y diferencias del traslado del Régimen Solidario de Prima Media Con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, como tampoco de las consecuencias de abandonar el primero para efectuar dicho traslado.

(...)

Conforme a todo lo anterior, es importante analizar que al existir incumplimiento de los deberes por parte de la AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A, como es el deber de brindar información, clara y precisa, sobre cada una de las condiciones que ofrecen dentro del régimen pensional que administran, indicando no sólo los beneficios sino que además las desventajas, para que el usuario decida en esa oportunidad tomar la decisión de trasladarse o no de manera libre y voluntaria tal como lo establecen las normas jurídicas colombianas, por ello, al no cumplirse con esa condición en el presente caso, le ruego señor juez a

que se accedan a las pretensiones de la demanda a favor de mi cliente en los mismos términos contenidos en ésta.

Insuficiencia del consentimiento vertido en el formulario de afiliación y carga de la prueba; La Corte suprema de justicia en sentencia SL 1452 de 20191; Ajá estableció que la firma el formulario al igual que la afirmación consignadas en formato impreso de los fondos pensionales tales como “la filiación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin previsiones”, u otro tipo de leyendas de este tipo de aseveraciones, no son suficientes para demostrar el deber de información. (...)

Se concluye entonces en el parte referenciado de la jurisprudencia citada, que dicho procedimiento garantiza la comprensión por parte del usuario de las condiciones riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen, por lo que hasta ese momento se podría afirmar que se ha recibido información de forma clara, cierta, comprensible y oportuna, situación que no se evidencia en el presente caso tal como se explicó en la primera parte de este acápite.

En cuanto a la carga de la prueba, la Corte Suprema de Justicia le imprime la obligación a la AFP de generar la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez, por lo que en este evento la carga de la prueba se invierte; entonces, en el caso de que el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, por ello, es el fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones de traslado de régimen pensional.

De conformidad a todo lo planteado, le ruego honorable magistrado que se acceda a las súplicas de la demanda.

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 PROTECCION S.A en darle una información completa, veraz, comprensible sobre las consecuencias negativas del mismo. **(ii)** De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado, determinaremos las consecuencia y efectos frente a los accionados. **(iii)** determinar si opera la prescripción en el caso estudiado, **(iv)** la condena en costas impuesta a COLPENSIONES y PROTECCION S.A.

6.2.1. NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN 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**.* | 1

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

libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse una real consentimiento libre y voluntario.

Sobre el tema 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 a la 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 PROTECCION S.A, se indica que el señor DAVID EDUARDO DIAZ VILLALOBOS efectivamente realizó un traslado de régimen pensional, del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCION S.A, el 15 de marzo de 1999 con efectividad a partir del 1° de mayo de 1999.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP PROTECCION S.A. 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 PROTECCION S.A no comprobó haber dado información documental sobre las consecuencias negativas del citado traslado, entre ellos si conservaba o perdía el régimen de transición, 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 PROTECCION S.A no cumplió con su deber de dar información veraz y completa al demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

Obligación que también ha resaltado esta Sala en sentencias como la del 29 de octubre de 2019, emitida por la Sala Segunda de Decisión Civil Familia Laboral, dentro del proceso

ordinario laboral identificado con radicado no. 23.001.31.05.004.2019-00035.01 folio 311-2019. MP Dr Marco Tulio Borja Paradas¹, en la que refirió:

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

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

(...)

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

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

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

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

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

6.2.2. 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, como lo es que el demandante nunca se afilió 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 adocinado 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.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso -y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.”

Ahora bien, resulta acertado ordenar a la AFP PROTECCION trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual de la actora en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si 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.

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 RMPMD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)”.

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

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

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

6.4. CONDENA EN COSTAS.

Finalmente, se duele COLPENSIONES de la condena en costas impuestas en primera instancia, no obstante, acorde con lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 366 del CGP, atendiendo a que dicha administradora se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones de mérito, obteniendo decisiones desfavorables, acertada resulta la condena en costas impuestas por el A-Quo.

6.5. Acorde con las consideraciones precedentes, ninguno reparo se tiene contra la decisión de primera instancia y por tanto habrá de confirmarse. Se impondrán costas en esta instancia a cargo de las accionadas atendiendo los resultados 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 tales agencias en 1 SMMLV a cargo de las accionadas que, según el numeral 4° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general.

VII. DECISIÓN.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de los apelantes, agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N°23-001-31-05-001-2020-00177-01 FOLIO 281-21**

VEINTICUATRO (24) DE MAYO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto, por conducto de apoderado judicial, por la parte demandada COLPENSIONES contra la sentencia pronunciada en audiencia del 29 julio de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LEONARDO DE JESUS GONIMA GONIMA, aunado a su consulta por ser adversa a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende el actor LEONARDO DE JESUS GONIMA GONIMA, 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 COLFONDOS S.A. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se condene a COLFONDOS a trasladar todos los aportes de la cuenta de ahorro individual del actor con sus respectivos incrementos e intereses al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime:

- Inició su vida laboral el 20 de mayo de 1976 con el empleador ICG Agustín Codazzi, fue afiliado al antiguo Instituto de Seguro Social, hoy COLPENSIONES.

- Los asesores de COLFONDOS lo visitaron a la empresa para la cual laboraba, lo persuadieron para que se cambiara de régimen pensional con el argumento de que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar y que se podía pensionar mejor en COLFONDOS
- Que se afilió a COLFONDOS desde el 1º de junio de 1994 con la idea de que su pensión iba a ser mejor con el cambio de régimen, y hasta la fecha de presentación de la demanda tiene cotizadas 1.300 semanas.
- Los asesores de COLFONDOS nunca le ofrecieron una información completa y comprensible de las consecuencias de su traslado al nuevo régimen pensional, no le informaron que en el Régimen de Ahorro Individual el monto de la pensión de vejez depende del capital ahorrado.
- Que el promedio de los salarios de los últimos 10 años es de más \$ 7.000,000,00 lo que le arrojaría una mesada pensión mensual muy superior en el régimen de prima media administrada por COLPENSIONES.
- Que solicitó a COLPENSIONES el retorno al régimen de prima media y este le fue negado.

2.3. Contestación y trámite

2.3.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma la accionada COLFONDOS no se opuso a los hechos y pretensiones objeto de la demanda, tampoco propuso excepciones de mérito.

2.3.2. COLPENSIONES propuso las excepciones de *legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe, falta de cometimiento o autorización para traslado de régimen privado, innominada o genérica.*

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

III. SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante atendiendo que COLFONDOS aceptó no haber brindado una explicación sobre el traslado de régimen de forma clara, precisa, características, consecuencias, etc. Con fundamento en la falta de información, el A-quo declaró la ineficacia del traslado que hizo del régimen de prima media con prestación definitiva, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al AFP COLFONDOS S.A que representaría al RAIS -régimen de ahorro individual con solidaridad; manifestó que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de ocurrir dicho traslado, es decir, se mantiene la afiliación del demandante a COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior condenó a COLFONDOS S.A devuelva a COLPENSIONES los rendimientos financieros, los gastos de administración, bonos pensionales que tenga a favor del demandante.

Declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas por COLPENSIONES, exceptuando la excepción de buena fe, Por último, condenó en costas a cargo de las demandadas COLFONDOS Y COLPENSIONES.

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

Muestra inconformidad con la condena, argumentando que la afiliación es un acto jurídico el cual solo genera obligaciones a las partes que intervienen, no es Colpensiones sino tercero ajeno que no participó en el acto jurídico, se vio afectado por los alcances de la declaratoria de ineficacia de traslado efectuado por el demandante. Reitera que el acto jurídico realizado entre la AFP y el afiliado es meramente vinculante para las partes, por lo que se debe tener en cuenta la inoponibilidad de COLFONDOS frente a los intereses de COLPENSIONES. Considera que no se puede pretender traslado a Régimen de Prima Media cuando el demandante se encuentra afiliada válidamente a COLFONDOS, además el señor LEONARDO DE JESUS GONIMA GONIMA aceptó todas las condiciones interpuestas por

dicha entidad. Afirma que el demandante le faltan menos de 10 años para pensionarse, por lo que se encuentra en la prohibición legal para trasladarse.

Manifiesta que las entidades de seguridad social no solo se sujetan a las responsabilidades propias de los contratos de aseguramiento, si no que se ciñen a obligaciones de índole constitucional que trascienden como administradora de un servicio público de seguridad social, reitera que la responsabilidad de la AFP por la ineficacia del traslado no solo se debe enmarcar en reparar daños individualmente sometidos a consideración de un juez, sino que debe tener el alcance frente a los daños indirecto que compromete los derechos constitucionales de terceros, en razón a la reserva patrimonial de los pensionados afiliado al régimen de prima media, que se ven comprometidos con la afectación que sufre la reserva pensional, y que si bien es cierto la jurisprudencia ha indicado que al afiliado no le es atribuirle y por ende no se le exige la equivalencia económica de los aportes que se devuelven del RAIS al régimen de prima media, no es menos cierto que tal reparo económico lo debe asumir quien ha causado el daño.

Sugiere un juicio de proporcionalidad y ponderación, toda vez que la decisión judicial de declarar la ineficacia del traslado repercute en que se crea una obligación injustificada con terceros patrimoniales en cabeza de la entidad quien administra los aportes de miles de pensionados y afiliados, y dicha medida para restablecer los derechos del afiliado no pasaría al segundo criterio de la necesidad, toda vez que si existen otros medios menos lesivos para mantener los derechos del afiliado, y es quien se debe hacer cargo de las prestaciones económicas que se derivan de la ineficacia sea la AFP quien ha administrado dichos recursos y ha generado los rendimientos, así mismo al ponderar los bienes jurídicos de pensión se podría demostrar que poner en cabeza de COLPENSIONES dicha responsabilidad tiene un impacto más lesivo para la sostenibilidad financiera del sistema, puesto que COLPENSIONES es la única administradora del régimen de prima media que alberga un mayor número de pensionados cuyas pensiones se reconocen con subsidios del arca del Estado, por lo cual se estaría solventando con esos recursos del detrimento económico ocasionado por el particular AFP. En razón a lo anterior sostiene que se debe buscar otra medida en la cual la AFP sea quien solvente las cargas económicas o que los dineros que se trasladen al RAIS sean devueltos conformes a un estudio actuarial que determine que con ellos se cubre en su integridad la prestación de los términos actuariales previstos para el régimen de prima media.

Por último solicita revocar la condena en costas estipulada por el juez de primera instancia, por las razones descritas en el artículo 365 y 366 del CGP, de tal forma que para que estas

costas sean tasadas y liquidadas se debe esperar la ejecutoria de dicho fallo, y así de forma separada mediante auto trazar lo correspondiente frente a esa condena.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Oportunamente la administradora COLPENSIONES allega escrito donde argumentó lo siguiente:

“Es de resaltar que, la afiliación del demandante fue de manera libre y voluntaria, y al ser un acuerdo de voluntades solo involucra a las partes que en el intervinieron y como se pudo evidenciar COLPENSION ES, fue ajena a esa circunstancia, en ningún momento asesoró o brindó información para que la demandante accediera al cambio de administradora, como ya se evidenció el mismo se constituye en un acto libre, autónomo y voluntario por parte del afiliado de cambiarse de régimen sin que el fondo al que se encuentre afiliado pueda oponerse a la decisión adoptada.

Como se reiteró durante el proceso, debe ser la administradora de pensiones receptora del régimen de ahorro individual con solidaridad, la que soporte las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado, y con ello, deba asumir el pago de las prestaciones que generen tal declaratoria, pues, Colpensiones es un tercero ajeno, que no intervino en la suscripción del contrato de afiliación y/o traslado al fondo y no debe por ende mi representada cargar con la responsabilidad de cumplir lo pretendido por la demandante.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que cuando el trabajador, asalariado o independiente al momento de afiliarse 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. De conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que los afiliados al sistema general de pensiones, podrán escoger el Régimen de Pensiones que prefieran y 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. En el caso que nos ocupa el demandante se encuentra a lo años o menos para pensionarse por lo que estaría inmerso en esa prohibición legal.

Aunado lo anterior, las sentencias C-1024 de 2004, C-625 de 2007, C-789 de 2002 y C- 596 de 2007, son claras en establecer que ninguna persona puede favorecerse de los recursos que con tanto esfuerzo han ahorrado de manera obligatoria los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación definida, toda vez que si se llegare a dar ello se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera del sistema, lo anterior al descapitalizar los recursos que se encuentran dispuestos para cancelar las mesadas pensionales futuras y su correspondiente ajuste periódico. Lo anterior quiere decir, que no es posible que las personas que, por su libre voluntad, decidieron trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, retornar como si nada al Régimen de Prima Media, poniendo en peligro la sostenibilidad financiera de las personas que con tanto esfuerzo han permanecido en este régimen.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas nos oponemos a la misma puesto que mi apadrinada durante el transcurso del proceso, actuó sin temeridad alguna bajo el principio de la buena fe y sumado a ello dentro del proceso no se encuentra prueba alguna que evidencie la acreditación de las mismas, es decir, no hay facturas, soportes de pago, viáticos, entre otros que demuestren que efectivamente hubo un gasto asumido por la parte demandante. Recordemos que las costas son aquellos gastos en que incurren una parte por razón del proceso, y en el caso que nos ocupa se reitera no hay prueba alguna aportada por el demandante que acredite que efectivamente hubo un gasto. Al respecto el artículo 365 del

código general del proceso en su numeral 5, establece que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, lo que en el caso que nos ocupa, no ocurre pues no hay prueba que indique el gasto en que incurrió la parte demandante.”

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)** sí 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 COLFONDOS 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.

6.3. Nulidad y/o ineficacia de la afiliación 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**.*| 1

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

Sobre el tema 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 a la 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 LEONARDO DE JESUS GONIMA GONIMA 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 10 de mayo de 1994 con efectividad a partir del 01 de junio de 1994.

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 al 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 al demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y ello es razón suficiente para que salga adelante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

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

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

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

(...)

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral

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

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

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

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

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

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**”*

Ahora bien, resulta acertado ordenar a la AFP COLFONDOS 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.

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)”.

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

Con relación a lo manifestado por la parte demandada COLPENSIONES, que el actor no tiene derecho a trasladarse al RPM, porque le falta menos de 10 años para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez, si bien es cierto es una prohibición que está prevista en el Art. 13, literal d., de la Ley 100/93, modificado por el 2 de la Ley 797/2003; empero, ésta no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por omisión de información, sino cuando se dio el traslado realmente por acto voluntario.

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, 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”.

6.4. COSTAS.

Frente a la inconformidad de la parte demandada COLPENSIONES 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 esta procedía a cargo de la citada entidad, aún más si tomamos en consideración que COLPENSIONES se opuso a las pretensiones, cuyo resultado fue desfavorable, siendo ajustada a la ley la decisión tomada por el A-Quo.

No obstante, como quiera que en esta instancia no hubo replica de la parte actora, no se impondrán costas a cargo de COLPENSIONES.

VII. DECISIÓN.

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

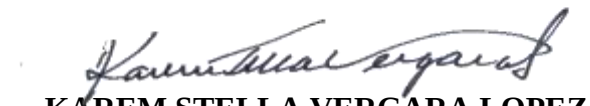
RESUELVE

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ
Magistrado

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N° 23-001-31-05-005-2021-00128-01 FOLIO 321-2021**

VEINTICUATRO (24) DE MAYO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos, por conducto de apoderado judicial, por las partes demandadas COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.S contra la sentencia pronunciada en audiencia del 26 agosto de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por SOL ANGELA MARCHENA OTERO, aunado a su consulta por ser adversa a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora SOL ANGELA MARCHENA OTERO, 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, efectuado el 1° diciembre de 2002. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se condene a PORVENIR a trasladar los aportes en pensión, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración efectuados en dicho régimen, al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. A su vez se condene a COLPENSIONES recibirla como afiliada, así como los aportes que realizó en el RAIS; además de invocar costas y agencias en derecho a las demandadas y se condene extra y ultra petita.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime:

-Que fue afiliada y cotizó desde el 21 de febrero de 1997 en el Régimen de Prima Media administrado anteriormente por el ISS, hoy por COLPENSIONES.

-Luego, el 11 de octubre de 2002, fue trasladada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –R.A.I. S, específicamente a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., quedando vigente a partir del 01 de diciembre de 2002.

-Manifiesta que el traslado de régimen se hizo con vicios de su consentimiento, pues el mismo se produjo por iniciativa del empleador al momento de posesionarse en el cargo que desempeñaba.

-Señala que inició como empleada del Departamento de Córdoba, pero en virtud de la Ley 715 de 2001 pasó a la nómina del municipio de Montería, sin solución de continuidad.

-Antes de esos vínculos laborales la accionante se encontraba afiliada en el ISS, hoy COLPENSIONES, pero cuando inició labores en el departamento de Córdoba, manifiesta la accionante que, sin darse cuenta, sin su consentimiento, fue trasladada de régimen pensional por parte del empleador, a lo que se prestó la AFP PORVENIR para ganar un afiliado más. Asimismo, al momento de su traslado al RAIS nunca recibió ningún tipo de información sobre el cambio de régimen pensional y sus efectos.

-Arguye que nunca recibió una visita, llamada, documento, formulario y mucho menos información de parte de la AFP PORVENIR que le explicara los beneficios y virtudes de pasar del ISS (hoy COLPENSIONES) a esa Administradora de Fondo de pensiones, lo que le hubiese permitido tener elementos de juicio para aceptar el cambio de régimen al que fue sometida.

-Acorde con lo anterior, el 02 de marzo de 2021 la actora radicó ante COLPENSIONES una solicitud de cambio de régimen pensional y el consecuente traslado a COLPENSIONES por existir vicio en el consentimiento y ausencia total de información al momento del traslado del ISS al fondo privado.

-COLPENSIONES a través de comunicación del 02 de marzo de 2021, resolvió la reclamación informando que no fue aceptada y como motivo de rechazo, indicó que se encuentra a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

-El 02 de marzo de 2021 la actora también radicó ante la AFP PORVENIR S.A. una solicitud de cambio de régimen pensional y el consecuente traslado a COLPENSIONES por existir ausencia total de consentimiento y falta de información al momento del traslado del ISS al fondo privado.

-Mediante comunicación del 24 de marzo de 2021, la AFP PORVENIR S.A., negó la solicitud citada en precedencia, en relación con la nulidad de afiliación y traslado de régimen pensionado, argumentando, entre otras cosas, que en la actualidad cuenta con 52 años de edad, lo que imposibilita su traslado de régimen pensional por encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, y que además se encuentra válidamente vinculada con dicha entidad.

-La accionante argumenta que el principal perjuicio que se le hizo al ser trasladada de régimen pensional con vicios en su consentimiento, es que el monto de la pensión que recibirá en PORVENIR será muy inferior a la que debería recibir estando afiliada al Régimen de Prima Media –COLPENSIONES.

-La actora solicitó una simulación pensional a PORVENIR, la cual le fue entregada el 19 de mayo de 2021, en donde le proyectan como mejor opción una pensión a través del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, al cumplimiento de las 1.150 semanas cotizadas a la edad de pensión, es decir, una mesada pensional del salario mínimo cuando cumpla los 57 años de edad.

-Luego, la accionante encontró que su mesada pensional en el Régimen de Prima media estaría proyectada en la suma de \$3.317.858, aplicando una tasa de reemplazo del 62,6%, con base en el promedio de los últimos 10 años de cotización, de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

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

2.3.2. COLPENSIONES propuso las excepciones de *prescripción, buena fe, 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, innominada o genérica, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen*.

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

III. SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante atendiendo la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida que hizo la señora SOL ANGELA MARCHENA OTERO al régimen de ahorro individual con solidaridad en PORVENIR, el día 11 octubre de 2002 con efectividad a partir del 1° de diciembre de 2002, como consecuencia de esa falta de información; condenó a PORVENIR S.A devuelva a COLPENSIONES durante el tiempo que estuvo afiliada, los gastos de administración que le descontaron a la accionante y lo demás emolumentos; frente a COLPENSIONES, indicó que la actora conservará la condición de afiliada al régimen de prima media con prestación definida como si nada hubiera ocurrido.

Declaró no probadas las excepciones de prescripción y demás propuestas por las partes demandadas. Por último, condenó en costas a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de PORVENIR

Aduce Porvenir S.A que la demandante solicitó de manera voluntaria el traslado de régimen de pensión, dicha solicitud de traslado se realizó sin coerción alguna, fue un acto libre y espontaneo por lo cual carece de todo vicio de consentimiento. Para la fecha de traslado de

régimen, las administradoras no tenían ninguna obligación diferente a brindar toda la información necesaria de manera completa y atender las inquietudes que los potenciadores afiliados pudiesen tener, pero de alguna manera mantener constancia escrita de las asesorías ni mucho menos proyecciones, lo cual se establece por la Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto No 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015; basado en lo anterior, no obstante el deber de las asesorías solo hasta la expedición de la ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015, es claro el deber legal de las administradoras de pensiones de poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado, por lo que en vigencia del Instituto Seguro Social los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones, las asesorías podían no contener las ilustraciones correspondiente a la favorabilidad en cuanto al monto de la pensión. El demandante, luego de más de 18 años de pertenecer al RAIS, aduce que no conoce las implicaciones que se tenían de pertenecer en este régimen pensional y pretenda un traslado de régimen prohibido por la ley vigente, carece de fundamento jurídico pues PORVENIR S.A cumplió con todas las exigencias estipuladas en la ley vigente de la época por lo que no existe razón legal para ordenar el traslado de los aportes.

En cuanto a la devolución de rendimiento y cuotas de administración plantea, no debe perderse de vista que las administradoras de fondo de pensiones y cesantías son entidades especializadas y autorizadas legalmente para realizar la función de administrar los ahorros para las pensiones de los trabajadores y gestionar el pago de las prestaciones y beneficios que la ley establece. Lo anterior, la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena ejecución de la función de administración en cabeza de la AFP, por tanto, gracias a la gestión de la administradora la cuenta de ahorro individual se ha incrementado en determinado porcentaje, lo que no hubiese sido posible si el afiliado estuviera cotizando en el régimen de prima media con prestación definida, debido a que la ley establece que los rendimientos pertenecen al fondo de reparto común y porque en la práctica en Colpensiones los aportes efectuados por los afiliados de hoy, financian las pensiones actuales y la diferencia se financia con los aportes de la Nación; en el caso concreto, si se hubiera afiliado a Colpensiones hoy sus aportes no tendrían rendimiento, razón por la cual no deben ser devueltos los gastos de administración, inclusive la norma ha sido expresa indicando en el artículo 113 de la ley 100 de 1993 que emolumentos deben ser trasladados en caso que el afiliados los solicite así, literal b *“Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de prima media de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo al salario base de cotización.”* Por lo que es claro que el legislador no incluye los gastos de administración al momento de traslado de régimen pensional.

Asimismo, no es válido devolver los dineros por concepto de prima de seguro previsional y comisiones de administración.

4.2. Apelación de COLPENSIONES

Muestra inconformidad con la condena, argumentando que el acto de traslado es un acto jurídico el cual solo genera obligaciones a las partes que intervienen, no es Colpensiones sino tercero ajeno que no participó en el acto jurídico, se vio afectado por los alcances de la declaratoria de ineficacia de traslado efectuado por la demandante. Como se evidencia en el presente caso, el consentimiento de la señora SOL ANGELA MARCHENA OTERO, se produjo de manera voluntaria, libre, siendo la única manera de desvirtuar esta regla la existencia de una fuerza que viciara el mismo, aspecto que no se evidenció. Así las cosas, el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad gozo de plena validez.

Concluye que, no se puede pretender traslado a Régimen de Prima Media cuando la demandante se encuentra afiliada válidamente a Porvenir, tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de retracto, no obstante, nunca lo ejerció, guardando silencio, entonces lleva a pensar que este tiempo en que estuvo afiliada a dicho régimen estuvo a gusto con todas las condiciones que le fueron ofrecidas. La afiliada no puede trasladarse de régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para obtener el derecho a la pensión de vejez. Solicita que se absuelva en imposición de condena de costas en consideración que fue ajena a dicho negocio jurídico.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Alegatos COLPENSIONES S.A

Oportunamente la administradora COLPENSIONES allega escrito donde argumentó lo siguiente:

“(...) nuestra inconformidad radica en el hecho que la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”, se vea inmerso en la declaratoria de ineficacia del acto de traslado efectuado por la demandante, teniendo en cuenta como punto a reiterar que mi defendida fue ajena a dicha circunstancia, nunca asesoro o brindo información, ni intervino de manera alguna en la decisión adoptada por la actora de trasladarse en su día del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, afiliación y/o traslado que a nuestro sentir gozo de plena validez, toda vez que no se evidencio ningún factor determinante que pudiera viciar su consentimiento, el cual se produjo de manera libre y voluntaria

Conforme a lo dispuesto en el artículo art. 1495 del Código Civil, el acto de afiliación o traslado se constituye en un contrato, por el cual una parte se obliga con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Al ser el acto de traslado un acuerdo de voluntades, que solo involucra a las partes que en el intervienen, no es dable que Colpensiones, siendo un tercero ajeno a dicha circunstancia, tal como quedó demostrado en el transcurso del proceso, deba soportar las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado.

Quedo demostrado, que el traslado efectuado por la demandante en su día del régimen prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, gozó de plena validez, siendo la afiliada totalmente consciente del acto y de las consecuencias jurídicas del traslado, tal como lo ratifica el hecho de haber permanecido afiliada durante tanto tiempo a la AFP PORVENIR y haberse abstenido de solicitar su retorno al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones hasta entonces, llevándonos a pensar con su comportamiento y actividades el compromiso de querer permanecer en ese régimen pensional, al cual había emigrado voluntariamente y sin imposición alguna, en aras de aspirar a un mejor derecho pensional, de manera, que ante la ocurrencia en los últimos momentos de una situación particular que quizás no le favoreció, pretenda retornar nuevamente al régimen de prima media con prestación definida, obviándose que en su oportunidad pudo ejercer su derecho de retracto previsto en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, no obstante nunca lo ejerció, dando a cavilar todo este tiempo en el que ha permanecido en el régimen de ahorro individual con solidaridad, que estuvo a gusto con su afiliación y con las condiciones que le fueron ofrecidas en su momento por la Administradora de su elección, evidenciándose así su deseo de continuar en dicho régimen, destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el Régimen seleccionado, siendo la única manera de desvirtuar esta regla legal el demostrando la preexistencia de una fuerza que viciara el consentimiento, circunstancia que no se evidenció en el presente caso, pues se echó de menos prueba alguna que soporte la existencia de algún vicio que afectara el consentimiento de la actora al momento de afiliarse al RAIS.

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

(...)

En concordancia con lo dicho, y aun cuando el punto no era la materia propia de decisión, la citada sentencia de unificación también retomó el tema referente a la posibilidad de retornar en “cualquier tiempo” al régimen de prima media con el fin de pensionarse de acuerdo con las normas anteriores a la Ley 100/93, destacando que tal retorno no opera para todos los sujetos del régimen de transición indistintamente, sino para una categoría de ellos, es decir, para quienes a 1° de abril de 1994 contaban con 15 años o más de servicios cotizados. Bajo este criterio, se acoge nuevamente lo expuesto en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, en las que se interpretó el alcance de los artículos 13 y 36 de la Ley 100/93.

(...)

Con base a lo expuesto y una vez analizadas las pruebas documentales militantes en el expediente de la referencia, se logra inferir que la demandante, al 1 de abril de 1994, no reunía los requisitos expuestos en la normatividad para ser beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que a la fecha no le es dable por mandato legal trasladarse de régimen, aunado a lo anterior, con la providencia objeto de alzada se desconocen sentencias de la Corte Constitucional en materia de traslado, como las C 1024 de 2004 y C 625 de 2007, entre otras, donde indicó el máximo tribunal que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema dado que el período de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de mesadas y el reajuste periódico de las mismas.

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

5.2. Alegatos PORVENIR S.A

“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.

(...)

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.

(...)

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 3° 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.

(...)

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

5.3. Alegatos DEMANDANTE

“De entrada, solicitamos a los Honorables Magistrados que se CONFIRME la sentencia de primera instancia, la cual fue recurrida por los accionados y remitido igualmente para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en lo desfavorable a COLPENSIONES, por encontrarse ajustada a derecho, y ser favorable en todas y cada una de sus partes a mi apadrinado.

Además, que se CONDENE en COSTAS en segunda instancia a los recurrentes, por encontrarse causadas.

(...)

Siendo ello así, se puede afirmar que la Administradora de Pensiones quebrantó el deber de diligencia y cuidado que la responsabilidad profesional les imponía en un tema tan neurálgico, no solo para el afiliado sino para su grupo familiar y la sociedad misma, de tal suerte que la afiliación como se dijo, es ineficaz, pues, se insiste, el afiliado podría aspirar por una pensión en el régimen de prima media mucho más alta que la que le ofrece el fondo privado y por tanto esa ineficacia tiene su sanción como ya se dijo en el mismo art. 271 de la normatividad de seguridad social.

Volviendo al caso concreto, la falta de información adecuada en cuanto a lo que le conviene o no al actor, también constituye un engaño que puede generar una nulidad en el acto de traslado de régimen pensional pues se está jugando un derecho vital y fundamental del asegurado.

En este caso al momento de la afiliación los funcionarios de afiliación del fondo de pensiones privado, indujeron en error al actor, ya que nunca se le suministró información documentada en cuanto al saldo que debía acumular en su cuenta individual para tener derecho a una pensión de vejez, en cuanto a la cuantía de la mesada en el ISS y en PROTECCIÓN S.A., entre otros temas.

Por lo tanto, es claro que el acto de traslado de régimen de la accionante carece de eficacia, lo que nos lleva a concluir que su única afiliación en pensiones válida es la que hizo en el Régimen de Prima Media administrado por el ISS, hoy por COLPENSIONES.”

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

6.3. Nulidad y/o ineficacia de la afiliación 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**.* | 1

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

Sobre el tema 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 a la 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 la señora SOL ANGELA MARCHENA OTERO, efectivamente, realizó un traslado de régimen pensional del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR, el 11 de octubre de 2002 con efectividad a partir del 1° de diciembre de 2002.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP PORVENIR SA. demostrar que al momento del traslado de la actora le ofreció toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS), por tanto, ha de concluirse que la AFP PORVENIR no cumplió con su deber de dar información veraz y completa a la demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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”

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 de la actora 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.

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)”.

Y en cuanto a la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, en sentencia SL587-2022, MP JORGE PRADA SÁNCHEZ precisó:

“(…) A juicio de la Sala, la intervención de los asesores y la firma del formulario de vinculación, no constituyen prueba concreta de la asesoría que el citado fondo debió suministrar a la demandante, de donde se impone colegir que el traslado no estuvo precedido de un consentimiento informado y, por tanto, deviene ineficaz. En providencia CSJ SL3199-2021, la Sala discurrió:

[...] como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- 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, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Así las cosas, se revocará el fallo del a quo, para declarar la ineficacia del traslado efectuado el 8 febrero de 1997 (fl. 121) y condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, junto con los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración cobrados a la actora, que deberán ser indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, en la medida en que la declaratoria de ineficacia conlleva que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido. (...)”

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

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 en los términos planteados por PORVENIR, 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 cubre 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”.

6.5. COSTAS.

Frente a la inconformidad de la parte demandada COLPENSIONES 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 a cargo de la citadas entidades, aún más si tomamos en consideración que COLPENSIONES y PORVENIR se opusieron a las pretensiones, cuyo resultado fue desfavorable, y como quiera que el recurso de alzada igualmente les fue adverso, es fundamento para imponer condena en costas de esta instancia a cargo de ellas.

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

VII. DECISIÓN.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de los apelantes, agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ

Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ

Magistrado

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N°. 23-001-31-05-001-2019-00382-01 FOLIO 336-21**

VEINTICUATRO (24) 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, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia del 7 septiembre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por CLAUDIA PATRICIA GARCÍA RUÍZ, y se desata la consulta por ser adversa la sentencia a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora CLAUDIA PATRICIA GARCÍA RUÍZ, se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por PORVENIR, efectuada en agosto de 2004. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se condene a PORVENIR S.A a trasladar los aportes en pensión, rendimientos y gastos de administración efectuados en su cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES. A su vez se condene a COLPENSIONES recibirla como afiliada, así como los aportes que realizó en el RAIS; además de invocar costas y agencias en derecho a las demandas y se condene ultra y extra petita.

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

- nació el 26 de junio de 1967 e inicio su vida laboral el 1° de agosto de 1999, cotizando en el ISS y laborando en la Corporación Universitaria del Sinú.

- En el mes de agosto de 2004 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, afiliándose a PORVENIR S.A.

- Que a la fecha en que consolidó su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por conducto de PORVENIR S.A, esta sociedad no le informó documentalmente acerca de las consecuencias negativas de dejar el régimen de prima media y hacer efectivo su traslado al régimen privado de ahorro; no le advirtió con documento alguno acerca del monto del capital que tendría que consignar o reunir en su cuenta de ahorro individual con el fin de obtener una pensión por vejez digna, ni sobre la diferencia del monto de la mesada pensional entre ambos regímenes.

- El 9 de diciembre de 2019 la actora solicitó el traslado de fondo de pensiones a COLPENSIONES, el cual fue negado bajo el argumento *“no es procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito del tiempo para pensionarse”*.

2.3. Contestación y trámite

2.3.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, se tuvo por no contestada por PORVENIR S.A., mientras que COLPENSIONES se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de mérito *buena fe, prescripción, falta de consentimiento o autorización para traslado de régimen privado, innominada o genérica*.

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante CLAUDIA PATRICIA GARCÍA RUÍZ, declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, excepto la de buena fe, por considerar que la AFP PORVENIR no

cumplió con su deber de brindar información clara, precisa y completa a la demandante frente a las ventajas y desventajas de la afiliación al régimen individual con solidaridad, en consecuencia, declaró la ineficacia de la afiliación, pues no obra dentro del expediente prueba idónea de que se le hubiera brindado la información necesaria a la demandante para efectuar el traslado. 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.

Indicó el A-Quo que, la Jurisprudencia de la Corte ha sido constante y permanente al explicar que el derecho a la pensión es un derecho fundamental y la mínima obligación que recae sobre las administradoras es la de brindar toda la información pertinente de los requisitos, ventajas y desventajas a la hora de explicar los regímenes existentes y cuál sería el más favorecedor de acuerdo con los intereses del trabajador, introduciendo desde entonces una variedad de sentencias que ratifican dichas disposiciones.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES

Muestra inconformidad con la condena, argumentando que la afiliación es un acto jurídico el cual solo genera obligaciones a las partes que en ella intervienen, por lo que aduce, no es dable que Colpensiones deba asumir las consecuencias jurídicas de la declaratoria de la ineficacia, teniendo en cuenta que la afiliación de la demandante a PORVENIR fue realizada de manera libre y voluntaria y debe ser esta última quien soporte las consecuencias del traslado y asuma el pago de las pretensiones que genera la declaratoria de ineficacia, no es Colpensiones sino un tercero ajeno que no participó en el acto jurídico, ni intervino en la suscripción del contrato de afiliación

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

4.2. Apelación de PORVENIR S.A

Manifiesta que la afiliación efectuada por la actora no adolece ningún vicio del consentimiento, por lo que resultaría inverosímil que luego de tantos años de haberse traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, la actora pretenda un traslado que a la luz de la ley se encuentra prohibido, pues no es beneficiaria del régimen de transición y no se le permite trasladarse en cualquier tiempo. El desconocimiento de la norma no puede dar lugar a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del negocio jurídico, pues este fue realizado de manera libre y voluntaria por la demandante.

Así mismo, plantea que los gastos de administración, van en cabeza de la administradora e incrementan la cuenta de ahorros individual de la demandante, lo que no hubiese sido posible si la actora se hubiese encontrado afiliada al RPM, por lo que sostiene que esos emolumentos no son válidos a devolver, pues la rentabilidad generada de estos adolece a la buena ejecución de la administración en cabeza de PORVENIR. Finalmente muestra inconformidad con la condena en costas impuestas, pues, se constituye en una grave afectación al sistema y generaría un déficit económico que la AFP no tendría que soportar.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

5.1. ALEGATOS DEMANDANTE

Mediante escrito presentado por el apoderado de la señora CLAUDIA PATRICIA GARCÍA RUÍZ solicita la confirmación de la sentencia, argumentando de forma sucinta que:

“(…) El suscrito respeta pero no comparte los argumentos esbozados por las entidades demandadas para sustentar su recurso de alzada, pues en este proceso lo que se echa de menos es la FALTA DE INFORMACIÓN DOCUMENTADA, en donde se le haya dado a conocer al potencial afiliado los por menores acerca de las consecuencias ya sean positivas o negativas que traía consigo el cambio de régimen pensional, lo cual no se hizo por parte del fondo de pensiones PORVENIR al momento de la afiliación, lo que a las claras es una violación a lo establecido en el artículo 13 literal b, y el artículo 271 de la ley 100 de 1993 respectivamente, el cual reza que la afiliación al sistema de pensiones debe es libre y voluntaria, y si esto no fuera así la afiliación quedaría sin efectos.

(…)

Ahora aterrizando en el caso que nos ocupa podemos afirmar con total certeza que al demandante no se le dio toda la información necesaria para tomar la decisión de trasladarse de régimen, pues era el fondo de pensiones quien tenía la obligación de advertirle con documento alguno acerca de los pro y los contra, los beneficios y perjuicios que traía el cambio de régimen, como por ejemplo que se le explicara sobre el monto del capital que tendría que consignar o reunir, o depositar en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener una pensión por vejez digna, ó la diferencia del monto de la mesada pensional entre el Régimen de Prima Media y el RAIS, pero encontramos que brilla por su ausencia en el expediente documento que demuestre que al demandante se le brindó esta información al momento del cambio de régimen por parte del fondo privado, por lo cual es acertada la decisión del a-quo de decretar la ineficacia del traslado pensional del actor, y debe confirmarse la sentencia.”

5.2. ALEGATOS DE COLPENSIONES

Oportunamente la administradora COLPENSIONES allega escrito donde argumentó lo siguiente:

“Es de resaltar que, la afiliación del demandante fue de manera libre y voluntaria, y al ser un acuerdo de voluntades solo involucra a las partes que intervinieron y como se pudo evidenciar COLPENSIONES, fue ajena a esa circunstancia, en ningún momento asesoró o brindó información para que la demandante accediera al cambio de administradora, como ya se evidenció el mismo se constituye en un acto libre, autónomo y voluntario por parte del afiliado de cambiarse de régimen sin que el fondo al que se encuentre afiliado pueda oponerse a la decisión adoptada.

Como se reiteró durante el proceso, debe ser la administradora de pensiones receptora del régimen de ahorro individual con solidaridad, la que soporte las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado, y con ello, deba asumir el pago de las prestaciones que generen tal declaratoria, pues, Colpensiones es un tercero ajeno, que no intervino en la suscripción del contrato de afiliación y/o traslado al fondo y no debe por ende mi representada cargar con la responsabilidad de cumplir lo pretendido por la demandante.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que cuando el trabajador, asalariado o independiente al momento de afiliarse 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. De conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece que los afiliados al sistema general de pensiones, podrán escoger el Régimen de Pensiones que prefieran y 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. En el caso que nos ocupa el demandante se encuentra a 10 años o menos para pensionarse por lo que estaría inmerso en esa prohibición legal.

Aunado lo anterior, las sentencias C-1024 de 2004, C-625 de 2007, C-789 de 2002 y C- 596 de 2007. son claras en establecer que ninguna persona puede favorecerse de los recursos que con tanto esfuerzo han ahorrado de manera obligatoria los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación definida, toda vez que si se llegare a dar ello se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera del sistema. lo anterior al descapitalizar los recursos que se encuentran dispuestos para cancelar las mesadas pensionales futuras y su correspondiente ajuste periódico. Lo anterior quiere decir, que no es posible que las personas que. por su libre voluntad, decidieron trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. retornar como si nada al Régimen de Prima Media, poniendo en peligro la sostenibilidad financiera de las personas que con tanto esfuerzo han permanecido en este régimen.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas nos oponemos al mismo punto que mi apadrinada durante el transcurso del proceso. actuó sin temeridad alguna bajo el principio de la buena fe y sumado a ello dentro del proceso no se encuentra prueba alguna que evidencie la acreditación de las mismas. es decir, no hay facturas, soportes de pago, viáticos, entre otros que demuestren que efectivamente hubo un gasto asumido por la parte demandante”.

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.

(...)

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

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

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

En el presente asunto, la parte demandante realizó cambio de régimen 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 autentico, 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

(...)

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

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

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

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

Consagra la Constitución Política el derecho a la seguridad social, reglamentado a partir de la expedición de la ley 100 de 1993 e integrado por diversos sistemas, entre ellos el sistema general de pensiones, que se encuentra conformado por dos subsistemas, el de reparto o también denominado Régimen de prima media con prestación definida, otrora administrado

por el extinto ISS hoy por COLPENSIONES, y el de capitalización conocido como Régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por particulares a través de fondos privados.

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

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

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

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

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

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

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

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

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

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

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud

la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

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

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

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

válida, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa.

(...)

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

En el *sub judice*, del material probatorio allegado al proceso se evidencia que en la historia laboral generada por COLPENSIONES, el 05 de diciembre de 2019, da a conocer que la señora CLAUDIA PATRICIA GARCÍA RUÍZ cotizó 77,00 semanas al RPM, concretamente a Colpensiones (ISS), y de la historia laboral generada por PORVENIR S.A se evidencia que cotizó 776 semanas al RAIS; igualmente se infiere que las semanas cotizadas en el RAIS lo fueron a partir del mes de agosto de 2004. Lo anterior evidencia que en el presente asunto efectivamente existió traslado de régimen pensional por parte de la accionante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

6.4. Así las cosas, la omisión del deber de información por parte de PORVENIR tornan acertada la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen que hiciera la demandante en agosto de 2004, cuyos efectos fueron citados en la sentencia SL-1689 del 08 de mayo de 2019, así:

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

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

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

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

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

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

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

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)”.

Frente a la prescripción de las cuotas de gastos de administración en los términos planteados por PORVENIR S.A, 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 cubre 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 COLPENSIONES y PORVENIR 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 a cargo de la citadas entidades, aún más si tomamos en consideración que COLPENSIONES y PORVENIR se opusieron a las pretensiones, cuyo resultado fue desfavorable, y como quiera que el recurso de alzada igualmente les fue adverso, es fundamento para imponer condena en costas de esta instancia a cargo de ellas.

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

VII. DECISIÓN.

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

RESUELVE

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

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

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N° 23-001-31-05-004-2021-00063-01 FOLIO 399-21**

VEINTICUATRO (24) DE MAYO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos, por conducto de apoderado judicial, por las partes demandadas COLPENSIONES Y COLFONDOS contra la sentencia pronunciada en audiencia del 12 octubre de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARTHA LEA TIRADO GONZALEZ., aunado a su consulta por ser adversa a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la actora MARTHA LEA TIRADO GONZALEZ, se declare la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se condene a COLFONDOS a trasladar todos los aportes con sus respectivos incrementos e intereses al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime:

- Desde el día 10 de noviembre de 1992 se afiló al antiguo Instituto de Seguros Sociales (ISS), actualmente COLPENSIONES S.A.

- Que a los 35 años de edad fue abordada en las instalaciones de la empresa SERMEGANADERA LTDA, donde desempeñaba las funciones de auxiliar contable, por un asesor comercial de la administradora COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS para persuadirla a trasladarse de fondo, manifestándole que en dicho fondo no se requería ni edad ni semanas para pensionarse, omitiéndole información de que para poder acceder al beneficio de pensionarse de forma anticipada, requería tener en su cuenta un capital considerable para tal fin, influyendo a que efectuara dicho traslado.

- Al darse cuenta del bajo monto en el que quedaría su pensión y que la información dada por el fondo privado en el que se encuentra fue falsa, acudió a COLPENSIONES para efectos de trasladarse y obtener mejores beneficios pensionales, lo cual fue infructuoso, pues mediante respuesta de fecha de 11 de diciembre de 2020, le informaron que no era posible teniendo en cuenta que se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma las accionadas la contestaron.

2.3.1. COLFONDOS no se opuso a las pretensiones y no propuso excepciones de mérito.

.

2.3.2. 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, excepción de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción, no tener la condición de afiliado de la administradora colombiana de pensiones, innominada o genérica.*

2.3.3. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal; profiriéndose:

III. SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante, fundamentados en tesis consolidadas en precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación laboral, referente a la ineficacia de traslado de regímenes pensionales y el deber de información que tienen los fondos privados para explicar con

precisión los alcances que tiene el cambio de régimen a las personas que se les puede ver afectado su derecho pensional. Sustenta que la carga de las pruebas radica en cabeza de COLFONDOS para demostrar que sus funcionarios suministraron toda la información requerida para que la decisión del demandante fuera espontánea, transparente e imparcial y con la conciencia de los derechos que se verían afectados, y que con el solo formulario no se cumple con los requisitos jurídicos para la actuación de traslado, lo que constituye una falta de información.

El A-quo declaró la nulidad del acto de traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS, manifestó que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de ocurrir dicho traslado, es decir, se mantiene la afiliación de la demandante a COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior condenó a COLFONDOS devuelva a COLPENSIONES los rendimientos financieros, los gastos de administración, bonos pensionales y valores utilizados en seguros provisionales que tenga a favor de la demandante.

Declaró no probadas las excepciones fondo propuestas por COLPENSIONES. Por último, condenó en costas a cargo de las demandadas COLFONDOS y COLPENSIONES.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES

Muestra inconformidad con la condena, argumentando que Colpensiones no es sino tercero ajeno que no participó en el acto jurídico de traslado, y teniendo en cuenta que la demandante realizó cotizaciones en Colpensiones únicamente hasta el año 1998, cotizando un total de 179.14 semanas, por lo cual considera que la accionante tiene voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS. Afirmar que no se están vulnerando los intereses pensionales, toda vez que cuenta con un cumulo de 1.164 semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual, que le serían útiles para acceder a una pensión en ese mismo, y no el régimen de prima media con prestación definida, lo que sería más favorable para la demandante permanecer el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS.

Afirmar que, en el intento inicial de la demandante para trasladarse de régimen, le era imposible puesto que faltan menos de 10 años para pensionarse, por lo que se encuentra en la prohibición legal para hacerlo y por ello mismo COLPENSIONES no tenía la potestad de

hacerlo. Solicita que, en segunda instancia se estudie la posibilidad de que sean los fondos privados quienes solventen todos y cada uno de los emolumentos que tendría lugar el demandante en caso de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

4.2 Apelación de COLFONDOS

Muestra su inconformidad únicamente en lo que se refiere a la condena en costas, argumentando que el A-quo no aplica correctamente lo determinado por el artículo 365 del código general del proceso, ya que para que exista condena en costas debe haber una controversia y en el presente asunto COLFONDOS, en la respuesta a la demanda, dio por cierto los hechos susceptibles de confesión, no se opuso a las pretensiones de la demanda y no presentó excepciones a las pretensiones, por ello se entiende que no hubo controversia propuesta por este fondo.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Alegatos Colpensiones

Oportunamente la administradora COLPENSIONES allega escrito donde argumentó lo siguiente:

“Teniendo en cuenta que el acto de afiliación o traslado, se constituye en un contrato, que se define como el acuerdo de voluntades que tiene por objeto, crear, modificar o extinguir obligaciones, tal como se lee y se interpreta para este caso en particular del art. 1495 del Código Civil, que indica que el contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa

En este sentido, la afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico reglado legalmente, mediante el cual una persona natural, llamado afiliado, en ejercicio de la libre expresión de su voluntad y mediante el diligenciamiento de un formulario especial, escoge la administradora de pensiones y el régimen pensional, surgiendo a partir de este momento obligaciones recíprocas tanto para el como para la administradora a la cual se vincula. En consecuencia, la afiliación se puede considerar como una relación jurídica legal o como un contrato con particularidades propias, dadas fundamentalmente por un marco legal que rige todos sus aspectos, incluido el desenvolvimiento obligacional de los sujetos involucrados, como también constituye un mecanismo legalmente previsto para acceder a la protección y a las prestaciones del sistema general de pensiones, a través de sus operadores, con quien se traba una relación bajo un marco normativo que lo regula

Es importante anotar que en nuestro sistema no hay un acto administrativo a través del cual la autoridad estatal competente tramite y acepte la afiliación, o lo que es lo mismo, reconozca la condición de una persona como formalmente incluida en el sistema general de pensiones, lo cual implica que sea la administradora escogida por la persona la que lleve a cabo, mediante la revisión del formulario de afiliación y su aceptación una función de carácter público que implícitamente se le ha delegado.

(...)

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

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

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

(...)

Teniendo en cuenta esto fue una decisión libre y voluntaria de la demandante escoger el régimen al cual quería pertenecer, la Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES” no tuvo ninguna injerencia en la decisión tomada por la accionante, entonces teniendo en cuenta se puede condenar a COLPENSIONES, y mucho menos se le puede condenar en costas, por lo tanto Honorables Magistrados, solicito se revoque la sentencia de primera instancia en su totalidad y se absuelva a COLPENSIONES, de cualquiera condena.”

5.2 Alegatos de COLFONDOS. Reitera los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

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)** sí existe nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que hiciera la accionante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por omisión del fondo privado COLFONDOS 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)** si opera la prescripción.

6.3. Nulidad y/o ineficacia de la afiliación 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**.”* 1

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

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

Sobre el tema 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.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, es la misma Sala de Casación Laboral la que dispone, en casos como este, la inversión de la carga de la prueba, recayendo en el fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó a la demandante la información acerca de lo conveniente e inconveniente de su traslado de régimen, así se plasmó 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 la señora MARTHA LEA TIRADO GONZALEZ 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 23 de marzo de 2000 con efectividad a partir del 01 de mayo de 2000.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP COLFONDOS SA. demostrar que al momento del traslado de la actora le ofreció toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS). No obstante, la AFP 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 PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y ello es razón suficiente para que salga adelante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

Obligación que también ha resaltado esta Sala en sentencias como la del 29 de octubre de 2019, emitida por la Sala Segunda de Decisión Civil Familia Laboral, dentro del proceso

ordinario laboral identificado con radicado no. 23.001.31.05.004.2019-00035.01 folio 311-2019. MP Dr Marco Tulio Borja Paradas¹, en la que refirió:

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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**”*

Ahora bien, resulta acertado ordenar a la AFP COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual de la actora en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si 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.

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

Y en cuanto a la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, en sentencia SL587-2022, MP JORGE PRADA SÁNCHEZ precisó:

“(…) A juicio de la Sala, la intervención de los asesores y la firma del formulario de vinculación, no constituyen prueba concreta de la asesoría que el citado fondo debió suministrar a la demandante, de donde se impone colegir que el traslado no estuvo precedido de un consentimiento informado y, por tanto, deviene ineficaz. En providencia CSJ SL3199-2021, la Sala discurrió:

[...] como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- 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, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Así las cosas, se revocará el fallo del a quo, para declarar la ineficacia del traslado efectuado el 8 febrero de 1997 (fl. 121) y condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, junto con los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración cobrados a la actora, que deberán ser indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, en la medida en que la declaratoria de ineficacia conlleva que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido. (...)”

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

Con relación a lo manifestado por la parte demandada COLPENSIONES, en cuanto a que la actora no tiene derecho a trasladarse al RPM porque le falta menos de 10 años para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez, si bien es cierto es una prohibición que está prevista en el Art. 13, literal d., de la Ley 100/93, modificado por el 2 de la Ley 797/2003, empero, ésta no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por omisión del deber de información, sino para cuando se pretenda cambiar de régimen por acto voluntario.

6.5. COSTAS.

Frente a la inconformidad de la parte demandada COLFONDOS 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, y como quiera que tal entidad se allanó a las pretensiones de la demanda, por tanto, al no presentar oposición a las mismas, no resultó vencido en juicio, por lo que erró el fallador de primera instancia al

impartir condena por este concepto a cargo de COLFONDOS y será revocada parcialmente la sentencia en ese aspecto.

Por otra parte, si bien el recurso de alzada le fue adverso a COLPENSIONES, dado que no hubo réplica de la parte actora, no se impondrá condena en costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN.

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

RESUELVE

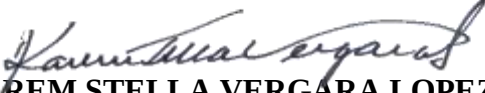
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia apelada para en su lugar ABSOLVER a COLFONDOS de la condena en costas de primera instancia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: Sin COSTAS en esta instancia.

CUARTO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N°. 23 001 31 05 005 2020-00042-01- FOLIO 380-21**

VEINTICUATRO (24) DE MAYO DE DOS MIL VEINTIDOS (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN.

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos, por conducto de apoderado judicial, por las partes demandadas PORVENIR S.A, y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia pronunciada en audiencia del cuatro (04) de octubre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARY DEL CARMEN BARRERA VILLERO contra PORVENIR S.A., COLFONDOS y COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES.

2.1. Demanda

Pretende la parte actora MARY DEL CARMEN BARRERA VILLERO, se declare la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por COLFONDOS S.A, suscrito en mayo de 1994: Solicita que, como consecuencia de esto, se declare su regreso automático al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES. Asimismo, ordenar a PORVENIR S.A. trasladar los valores correspondientes a los aportes a pensión, rendimientos, bonos pensionales, demás emolumentos y gastos de administración, debidamente indexados, a las arcas de COLPENSIONES; además se invocan costas y agencias en derecho a la demandada y se condene extra y ultra petita.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime que:

- La señora MARY DEL CARMEN BARRERA VILLERO, entre agosto de 1991 y septiembre de 1994, estuvo vinculada laboralmente con diferentes empleadores.

- Estuvo afiliada al I.S.S desde agosto de 1991, y sin su autorización, su empleador en mayo de 1994 empezó a realizarle sus aportes a pensión a la AFP COLFONDOS.

-Se declara que la demandante presionada insistentemente por los promotores de la AFP HORIZONTE – hoy PORVENIR- suscribió formulario de traslado de régimen pensional en abril de 1999, en ningún momento recibió alguna clase de asesoría por parte de la AFP HORIZONTE, en la cual se hiciera una comparación o ilustración siquiera somera de las características, diferencias, ventajas o desventajas existentes entre el RPMPD y el RAIS, mucho menos de lo que implicaba para ella o para cualquier persona realizar un traslado de régimen pensional.

- Informa que en ningún momento ha recibido por parte de la AFP COLFONDOS alguna clase de asesoría en la cual se hiciera alguna comparación o ilustración siquiera somera de las características, diferencias, ventajas o desventajas existentes entre el RPMPD y el RAIS, mucho menos de lo que implicara para ella o para cualquier persona realizar un traslado de régimen pensional.

-En 2013 la AFP PORVENIR S.A, absorbe mediante fusión a la AFP HORIZONTE la cual le transfiere la totalidad de su patrimonio por lo que el fondo de pensiones al cual se encuentra afiliada actualmente la demandante es la AFP PORVENIR S.A

-Indica que una vez se enteró que existen notorias diferencias entre los dos regímenes pensionales, intentó trasladarse de regreso a la RPMPD encontrándose con que ya no lo podía hacer, toda vez que le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión, tal como le informó COLPENSIONES al dar respuesta a su solicitud de traslado elevada el 17 de febrero de 2020.

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma las accionadas procedieron a contestarla, oponiéndose a las pretensiones COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

2.3.1. COLPENSIONES propuso las excepciones de *inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de seguridad social, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, prescripción.*

2.3.2. COLFONDOS S.A. no propuso excepciones, como tampoco se opone a las pretensiones de la demandante.

2.3.3. PORVENIR S.A. propuso las excepciones: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.*

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante declarando la ineficacia del acto de traslado efectuado por la señora MARY DEL CARMEN BARRERA VILLERO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado inicialmente a través de la sociedad COLFONDOS S.A en el mes de abril del año mil novecientos noventa y cuatro (1994) con efectividad a partir del 01 de mayo de 1994, asimismo queda sin efectos el traslado entre AFP COLFONDOS a HORIZONTE – HOY PORVENIR S.A- en abril de 1999; lo anterior al considerar que las accionadas no acreditaron que el traslado de la accionante fue voluntario ya que no se encuentran los requisitos jurídicos que comporta el sistema general de pensión, en el evento concreto en el cual el régimen de ahorro individual con solidaridad le es menos favorable a su expectativa pensional respecto a la que le puede otorgar el régimen de prima media con prestación definida, la cual quebranta sus garantías constitucionales fundamentales e irrenunciables a la seguridad social.

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

Recalcó que, tal como lo indicó la Sala de Casación Laboral, al declararse ineficaz el acto de traslado, obliga a las administradoras de régimen de ahorro individual con solidaridad, a devolver cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado e incluso los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

En cuanto a los medios exceptivos propuestos por PROTECCION S.A y COLPENSIONES S.A, los declaró no probados. Ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- proceda a RECIBIR a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad. Impuso costas a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de Colpensiones.

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

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

Que en base a lo previamente expuesto solicita se absuelva a COLPENSIONES del pago de la condena en costas y demás puntos que le resultaron desfavorables a la entidad.

4.2.Apelación Porvenir S.A.

Declara que la afiliación de la actora a la AFP Porvenir suscrita en el año 1994, no adolece de ningún vicio y de haber existido este se encuentra totalmente saneado por el paso del tiempo y con la ratificación de los actos jurídicos realizados por la demandante; que en razón de esto no es viable realizar un traslado de régimen, recuerda que este se encuentra prohibido por la ley vigente; menciona que la entidad no puede declarar por vía administrativa la nulidad de un traslado de régimen, debido a que esto debe ser realizada por un juez de la república y mediante sentencia judicial, generando esto que PORVENIR S.A. siempre obrase de buena fe, por lo que no se puede generar una condena en costas en su contra.

Respecto a la devolución de los rendimientos y cuotas de administración esgrime que la rentabilidad de la cuenta se genera por una buena administración del AFP, lo que genera que la cuenta se incremente en determinado porcentaje, lo cual no hubiese sucedido si la demandante hubiese continuado afiliada a COLPENSIONES S.A, generando esto que no se deban devolver los gastos de administración; para reforzar esto, cita el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia de fecha 15 de enero de 2020, con lo cual arguye que se corrobora que no es válida la devolución de los gastos de administración y prima de seguro previsional, asimismo esgrime que al no ser estos parte de la prestación de vejez no se puede predicar su imprescriptibilidad, dado que estos están sujetos al suceso previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el 151 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, por lo anterior solicita se revoque la sentencia proferida por el juzgado y en su lugar se absuelva a PORVENIR S.A

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

5.1. Colpensiones.

Expuso el apoderado de COLPENSIONES S.A. :

“.... Así las cosas, nuestra inconformidad radica en el hecho que la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”, se vea inmerso en la declaratoria de ineficacia del acto de traslado efectuado por la demandante, teniendo en cuenta como punto a reiterar que mi defendida fue ajena a dicha circunstancia, nunca asesoro o brindo información, no intervino de manera alguna en la decisión adoptada por la señora MARY DEL CARMEN BARRERA VILLERO, de trasladarse en su día del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, afiliación y/o traslado que a nuestro sentir gozo de plena validez, toda vez que no se evidencio ningún factor determinante que pudiera viciar su consentimiento, el cual se produjo de manera libre y voluntaria.

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

Con base a lo expuesto y una vez analizadas las pruebas documentales militantes en el expediente de la referencia, se logra inferir que la demandante, al 1 de abril de 1994, no reunía los requisitos expuestos en la normatividad para ser beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que a la fecha no le es dable por mandato legal trasladarse de régimen, aunado a lo anterior, con la providencia objeto de alzada se desconocen sentencias de la Corte Constitucional en materia de traslado, como las C 1024 de 2004 y C 625 de 2007, entre otras, donde indicó el máximo tribunal que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema dado que el período de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de mesadas y el reajuste periódico de las mismas.

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

5.2. Porvenir S.A. expuso de forma sucinta:

“No le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo

1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con mi representada es eficaz.

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

De igual forma, el artículo 1598, expresa cuáles son los vicios del consentimiento, esto es, error, fuerza o dolo y en los artículos subsiguientes, se explican que se puede presentar; a) error en la naturaleza del acto o negocio jurídico; b) sobre la identidad del objeto; c) en la calidad del objeto; d) o error en la persona. Así también, el artículo 1513, explica las nociones de fuerza, el 1515 del dolo, el 1517, del objeto ilícito, y el 1524 de la causa ilícita.

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

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

En el presente asunto, la parte demandante realizó cambio de régimen 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.

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

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”.

5.3. Alegatos del demandante.

“Solicito que el fallo de primera instancia sea confirmado en todas y cada una de sus partes, por estar acorde a derecho y a la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Pues bien, sea lo primero precisar que el traslado de régimen pensional respecto del cual se declaró la ineficacia se surtió ante la AFP COLFONDOS, la cual en el pronunciamiento frente a los hechos de la demanda manifestó ser cierto que no brindo la asesoría debida a la demandante, por lo que] litigio se contrajo a determinar las consecuencias de tal hecho aceptado como cierto y frente al cual las hoy recurrentes manifestaron no haber tenido injerencia, esto es, la ineficacia de dicho traslado con sus respectivas consecuencias.

Por lo anterior no le asiste razón a la AFP PORVENIR S.A en cuanto a la censura hecha al fallo recurrido, la cual fundamenta en que “La parte demandante realizó cambio de régimen de forma libre y voluntaria En el cual se le brindo una información oportuna y completa”. Así mismo, fundamenta su censura en el hecho de que en el presente asunto no se tuvo en cuenta ninguno de los presupuestos legales contenidos en la normatividad civil y comercial que, según esta, eran aplicables al caso, respecto de lo cual la corte ha sido clara y reiterativa en manifestar que no es posible su aplicación.

Por su parte la administradora colombiana de pensiones -COLPENSIONES, manifiesta que su inconformidad radica en que la misma se vea inmersa en la declaratoria de ineficacia del acto de traslado efectuado por la demandante teniendo en cuenta que “fue ajena a dicha circunstancia, nunca asesoro o brindo información, no intervino de manera alguna en la decisión adoptada por la señora MARY DEL CARMEN BARRERA VILLERO... no se evidencio ningún factor determinante que pudiera viciar su consentimiento el cual se produjo de manera libre y voluntaria”. En este sentido se contradice la recurrente al manifestar que no tuvo injerencia en el traslado del demandante que es un hecho ajeno del que no tuvo conocimiento para luego referir que a “su sentir gozo de plena validez” y que el mismo se produjo de manera libre y voluntaria, contradiciendo sin ningún fundamento lo ya manifestado por parte de la AFP ante la cual se surtió en cuanto a que la misma no había brindado la asesoría requerida”.

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.

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

la prescripción en el caso estudiado, **(iv)** determinar la procedencia de condena en costas a cargo de los accionados.

6.2.1. Nulidad y/o ineficacia de la afiliación 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, otro administrado por el extinto ISS hoy por COLPENSIONES, y el de capitalización conocido como Régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por particulares a través de fondos privados.

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

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

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

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

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

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

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

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

(...)

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

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

*(iii) **La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe***

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

conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

Ante todo lo expuesto debe decirse que, en aplicación a las reglas probatorias sentadas en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral traída a colación, es un deber de la A.F.P explicar de manera detallada las consecuencias de la afiliación al régimen pensional.

Pues bien, al remitirnos a las pruebas documentales arrimadas al proceso, detallamos el formulario de afiliación que suscribiera la demandante al fondo de pensiones COLFONDOS S.A el día veintisiete (27) de abril de 1994, el cual contiene la leyenda en formato preestablecido por la entidad de que la afiliación la hace de forma libre, espontánea y sin presiones, pero del cual no puede extraerse la información que echa de menos y la exigible en la ley para poderse establecer que se configuró el consentimiento informado. Asimismo, COLFONDOS S.A en la contestación de la demanda no se opone a las pretensiones y por tanto no debate que no le brindó una información de fondo a la demandante al momento de hacer el traslado de régimen.

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

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

6.2.2. En cuanto a los efectos de la ineficacia del traslado, ha sostenido la Sala de Casación Laboral que no es otro que la inexistencia del mismo, por lo que las circunstancias que rodean la afiliación de la actora al sistema pensional deben volver a su estado inicial, es decir,

permanecer en el régimen de prima media como si nunca se hubiera surtido el traslado al RAIS, así se precisó, entre otras, en la SL-1689 del 08 de mayo de 2019:

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

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, atendiendo que la demandante nunca se afilió al RAIS, se convierte igualmente en ineficaz el traslado entre fondos del RAIS -de la AFP COLFONDOS a la AFP PORVENIR S.A- que realizó en mayo de 1999, con efectividad a partir del mes de junio de 1999, dado que los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional abarca a todas las entidades a las cuales estuvo vinculada la 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 adocinado 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 revertir 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.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de inejecución. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso -y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la inejecución del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigerar los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.”

Y en cuanto a la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, en sentencia SL587-2022, MP JORGE PRADA SÁNCHEZ precisó:

“(…) A juicio de la Sala, la intervención de los asesores y la firma del formulario de vinculación, no constituyen prueba concreta de la asesoría que el citado fondo debió suministrar a la demandante, de donde se impone colegir que el traslado no estuvo precedido de un consentimiento informado y, por tanto, deviene ineficaz. En providencia CSJ SL3199-2021, la Sala discurrió:

[...] como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- 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, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Así las cosas, se revocará el fallo del a quo, para declarar la ineficacia del traslado efectuado el 8 febrero de 1997 (fl. 121) y condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, junto con los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración cobrados a la actora, que deberán ser indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, en la medida en que la declaratoria de ineficacia conlleva que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido. (...).”

Ahora bien, resulta acertado ordenar a la AFP PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, las cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C, esto es, los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración, porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados. Asimismo, ordenar a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES, los valores que hubiere recibido, durante el tiempo que estuvo afiliada la señora MARY DEL CARMEN BARRERA VILLERO a esta AFP, desde el primero (1) de mayo de 1994 al 31 de mayo de 1999.

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)”.

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

6.2.3. Propone el accionado COLPENSIONES 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 en los términos planteados por PORVENIR S.A, 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 cubre 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”.

6.3. Costas.

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

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

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

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

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

Como quiera que el recurso de alzada igualmente les fue adverso a las apelantes, amén de que hubo réplica de la parte actora, es fundamento para imponer condena en costas de esta instancia a cargo de aquellas.

Y, como quiera que recientemente la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, amén de que en Sala Especializada esta Corporación acogió tal criterio, se fijarán tales agencias en 1

SMMLV para las entidades PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A, 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.

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

VII. DECISIÓN.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de los apelantes, agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado