

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N° 23-001-31-05-004-2020-00132-01 FOLIO 430-2021**

VEINTINUEVE (29) DE JUNIO 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, PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A contra la sentencia pronunciada en audiencia del 14 octubre de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por EDUARD FELIPE NEGRETE DORIA, aunado a su consulta por ser adversa a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora señor EDUARD FELIPE NEGRETE DORIA, 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, efectuado el 1° de febrero de 1995 y posteriormente al fondo de pensiones PORVENIR S.A, efectuado el 1° de julio de 2002. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se condene a PORVENIR S.A y COLFONDOS S.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 a recibirlo como afiliado, así como los aportes que realizó en el RAIS; además de invocar costas y agencias en derecho a las demandadas.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime:

- Nació el 11 de mayo de 1964, y a partir del año 1992 empezó su vida laboral prestando sus servicios como trabajador en diferentes entidades y desempeñándose en la mayoría de ellos como profesor catedrático o profesor a tiempo completo en las instituciones de educación superior, de ahí la coexistencia de contratos de trabajo o vinculación durante los mismos periodos o años.

- Desde el inicio de su vida laboral en el año 1992, estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto I.S.S, hoy COLPENSIONES, acumulando un total de 67,43 semanas cotizadas en dicho fondo hasta el año 1995.

- En el año 1995 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- afiliándose a COLFONDOS S.A, llegando a cotizar un total de 116 semanas en este fondo de pensiones.

- En la fecha que consolidó su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, por conducto de COLFONDOS S.A, esta entidad lo indujo a error al no suminístrale información veraz y completa sobre el monto de la pensión y el capital que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener una pensión de vejez.

- El 1° de septiembre de 2003, se traslada nuevamente, esta vez al fondo privado HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A, efectuándose el traslado el 1° de septiembre de 2003, encontrándose vigente hasta la fecha.

- PORVENIR S.A, a la fecha en que se efectuó el traslado, no le brindó la información necesaria, induciéndolo a error, sin explicarle las ventajas y desventajas del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

- COLFONDOS S.A. realizó el traslado de la cuenta individual del demandante con los aportes y rendimientos financieros a HORIZONTES, hoy PORVENIR, sin incluir el respectivo traslado de los descuentos realizados por cuotas de administración.

- En febrero de 2020 el actor solicitó el traslado de fondo de pensiones a COLPENSIONES el cual fue negado bajo el argumento “no es procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto

la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito del tiempo para pensionarse”

2.3. Contestación y trámite

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

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

2.3.2. PORVENIR S.A propuso las excepciones de *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, innominada o genérica.*

2.3.3. COLFONDOS S.A no presentó excepciones, allanándose así a las pretensiones de la demanda.

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 del demandante señor EDUARD FELIPE NEGRETE DORIA, al considerar que ni COLFONDOS, ni PORVENIR S.A cumplieron con su deber de brindar una información clara, precisa y completa al demandante sobre el traslado de régimen. Como consecuencia de esa falta de información, se da la ineficacia de ese traslado que hizo del régimen de prima media con prestación definitiva, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A que representaría al RAIS régimen de ahorro individual con solidaridad. Dispuso además el fallador inicial quedaría sin efectos el traslado entre AFP que hizo COLFONDOS a PORVENIR S.A, siendo PORVENIR S.A la última entidad a la cual se encuentra el demandante afiliado actualmente. Por lo anterior, condenó a COLFONDOS S.A devuelva a COLPENSIONES durante el

tiempo que estuvo afiliado, los gastos de administración que le descontaron al accionante y lo demás emolumentos; en cuanto a PORVENIR S.A, por ser la última entidad en la cual se encuentra afiliado, deberá devolver a COLPENSIONES todos los aportes que tenga en la cuenta individual, bonos pensionales, gastos de administración con rendimiento financiero y demás; frente a COLPENSIONES, indicó el actor conservará la condición de afiliado al régimen de prima media con prestación definitiva como si nada hubiera ocurrido; pues, no obra dentro del expediente prueba idónea de que se le hubiera brindado la información necesaria al demandante para efectuar el traslado.

Declaró no probadas las excepciones de prescripción y demás propuestas por la parte demandada. Por último, condenó en costas a cargo de las demandadas COLPENSIONES, POVENIR S.A y COLFONDOS S.A, respecto a esta última, si bien manifiesta que se allano a las pretensiones y no propuso excepciones de fondo, consideró el *a-quo* que había lugar a imponer las costas por cuanto si bien el artículo 365 del C.G.P prevé que se podrá condenar en costas en los procesos en que existan controversia, la interpretación que realiza el fallador inicial se acompasa con las dos situaciones que prevé la norma, es decir, en los procesos y en las controversias posteriores a él, pues en este sentido se pueden originar nuevos gastos, y como quiera que se condenó a COLFONDOS S.A al pago de los gastos de administración, el hecho de allanarse a las pretensiones no lo exonera del pago de las costas.

El Juez basa su decisión en la línea jurisprudencial pacífica de la Corte Suprema de Justicia que desde el año 2008 ha sido consolidada y ha establecido la tesis de la ineficacia del traslado de régimen cuando no se da una debida información respecto a sus ventajas y desventajas, y al deber de información que les asiste a las administradoras comprensible en la simetría que debe existir entre el administrador experto y el afiliado lego en relación a temas de alta complejidad.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES S.A

Muestra inconformidad con la condena, argumentando que se ha desempeñado como un tercero de buena fe, pues no tuvo injerencia en los actos que dieron lugar a la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Se logra establecer que en el acto de traslado por el actor, la administradora no interviene en ningún momento, no promovió ni participó en el traslado de régimen efectuado por el señor EDUAR FELIPE NEGRETE DORIA, de manera que Colpensiones siempre fue un tercero en esa circunstancia.

Concluye que, la situación fáctica del demandante reitera sus deseos de permanecer en el –RAIS-, pues la realización de traslados horizontales dentro de este régimen permite inducir el deseo de su permanencia dentro de este régimen; solicita además se estudie la figura de la multivinculación dispuesta en el decreto 3995 del 2008.

4.2. Apelación de COLFONDOS S.A

Muestra inconformidad únicamente en lo referente a la condena en costas, argumentando que el *a-quo* no aplicó correctamente lo preceptuado en el artículo 365 del C.G.P, pues taxativamente el artículo reza los eventos en que se causaran las costas, y para los efectos en que estos eventos deban estudiarse, antes debe haberse causado controversia dentro de la litis y como quiera que COLFONDOS S.A se allano a las pretensiones y acepto los hechos que son susceptibles de confesión, solicita sean estudiadas desde un punto de vista restrictivo y no amplio, pues al no haber controversia no debería haber causación en costas.

4.3. Apelación de PORVENIR S.A

Aduce que, si bien es cierto el demandante efectuó un traslado con COLFONDOS S.A, lo hizo también con otros dos fondos pertenecientes al Régimen de Prima Media con Solidaridad –RAIS-, uno con HORIZONTE y luego otro con PORVENIR, lo que da a entender que le fueron realizadas tres asesorías diferentes, con tres entidades distintas, evidencia que da cuenta del conocimiento que el actor tenía sobre como operaba el fondo privado. Asimismo, manifiesta que la afiliación efectuada fue realizada de manera libre y voluntaria por el actor, libre de presión u exigencia; pues, si fuese el caso que se encontrara inconforme dentro del RAIS tuvo la opción de manifestarlo dentro del término concedido por la ley para estos fines, amén de que pudo haber hecho uso de la amnistía dada en el año 2014 para realizar traslados, la cual además fue de conocimiento público.

Asimismo, plantea que los gastos de administración, van en cabeza de la administración e incrementa la cuenta de ahorros individual del demandante, por lo que sostiene que esos emolumentos no son válidos de devolver, como quiera que son dineros que se encuentran en cabeza del fondo de pensión privado y no del afiliado, el traslado de los mismos se constituirá en un enriqueciendo ilícito, pues la rentabilidad generada de estos adolece a la buena ejecución de la administración en cabeza de PORVENIR

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. ALEGATOS COLPENSIONES S.A

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.

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

(...)

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 PORVENIR S.A

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.

(...)

*Dicho esto, preciso es mencionar que, en este asunto **NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARON NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO**, pues obligatorio es mencionar que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo. Ahora, como quiera que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciada por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del citado código, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado.*

Adicionalmente, no se puede desconocer que Porvenir S.A siempre le garantizó el derecho de retracto, conducta que se prueba con la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 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.

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

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

(...)

Con relación estos gastos de administración, la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto con radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020, indicó en forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la Prima de Seguro Provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración. 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 DEMANDANTE

Mediante escrito presentado por el apoderado del señor EDUARD FELIPE NEGRETE DORIA solicita la confirmación de la sentencia, argumentando de forma sucinta que:

“1) El señor Eduard Felipe Negrete Doria no recibió por parte de las entidades demandadas COLFONDOS, PORVENIR S.A, y COLPENSIONES una asesoría clara, completa y congruente acorde con los parámetros fijados por la H Corte Suprema de Justicia que le permitiera decidir sin duda alguna sobre la conveniencia del régimen pensional según sus expectativas de vida y bienestar en su época de vejez. 2) Según el debate probatorio surtido en el juicio de primera instancia, se evidencia que no existe prueba documental alguna que demuestre que el demandante haya recibido una asesoría conforme a la Ley y a la línea jurisprudencial que se ha decantado al respecto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. 3) Revisado el expediente aportado por COLFONDOS, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES no existe si quiera un formato de afiliación que obre como prueba documental que demuestre que mi representado fue asesorado debidamente. 4) Lo manifestado por los demandados PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en su defensa se queda en mera retórica a la hora de revisar el expediente y el material probatorio por ellos aportados, toda vez que no existe prueba alguna de sus dichos, tanto es así que en sus alegaciones no citan ninguno de los FOLIOS del expediente que acredite su argumentación, pues lógicamente no existe prueba de ello.

Por lo anterior y brevemente expuesto, respetuosamente solicitamos que se emita sentencia confirmatoria de la decisión del Juez de primera Instancia.

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 PORVENIR S.A en darle una información completa, veraz, comprensible sobre las consecuencias negativas del mismo. *(ii)* De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado, determinaremos las consecuencia y efectos frente a los accionados. *(iii)* Si opera la prescripción de la ineficacia; *(iv)* si procedía la condena en costas a cargo de COLFONDOS S.A

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 (RMPMD), 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 exánime, del material probatorio allegado al proceso se evidencia que, en la historia de vinculaciones generada por la AFP COLFONDOS, se indica que el señor EDUARD FELIPE NEGRETE DORIA 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 31 de enero de 1995 con efectividad a partir del 1° de febrero de 1995; y de la historia laboral generada por PORVENIR S.A se evidencia que empezó a cotizar a partir de julio del 2002. Lo anterior evidencia que en el presente asunto efectivamente existió traslado de régimen pensional por parte de la accionante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP accionada, COLFONDOS y PORVENIR S.A. demostrar que al momento del traslado entre regímenes, e incluso en el traslado entre fondos, le ofrecieron toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS). No obstante, no aportan ninguna prueba de la cual se observe que le dio información documental sobre las consecuencias negativas del citado traslado y 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 las accionadas 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, incluso, COLFONDOS S.A. admite el incumplimiento de su obligación en respuesta a la demanda, y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

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

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

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

(...)

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.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

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.

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”

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, atendiendo que el demandante nunca se afilió al RAIS, se convierte igualmente en ineficaz el traslado entre fondos del RAIS -de la AFP COLFONDOS a la AFP PORVENIR- que tuvo su efectividad a partir del 1° de julio de 2002, dado que los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional abarca a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el demandante al RAIS, sin importar que hayan -o no- participado en el acto de afiliación inicial, pues la ineficacia implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el traslado de régimen no hubiera existido, en efecto, todo vuelve a su estado anterior, es decir, la originaria afiliación al sistema de pensiones a través del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

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

“(…) Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha 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 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 PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual del actor en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si los hubiere, ello por cuanto dispone la Ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que ella prevé. Asimismo, ordenar a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES, los valores que hubiere recibido por gastos de administración y seguros previsionales durante el tiempo que estuvo afiliado el señor EDUARD FELIPE NEGRETE DORIA a esta AFP, es decir, desde el 1° de febrero de 1995 al 1° de julio de 2002.

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, 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 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 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”.

6.5. COSTAS.

Frente a la inconformidad de las partes demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A 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 COLPENSIONES y

PORVENIR, aún más si tomamos en consideración que se opusieron a las pretensiones, cuyo resultado fue desfavorable, y propusieron excepciones.

Ahora bien, la AFP COLFONDOS S.A muestra inconformidad respecto a la condena en costas impuestas por el A-Quo, como quiera que no existió dentro del proceso controversia alguna pues la entidad no se opuso a las pretensiones, ni propuso excepciones; en efecto, se observa que el fondo de pensiones aludido mantuvo dentro del trámite de primera instancia una conducta procesal distinta al resto de los accionados, por cuanto no efectuó controversia alguna, no se opuso a las pretensiones de la demanda ni presentó excepciones, aunado a que no se opone al retorno de la parte accionante al régimen de prima media, traslado que además escapaba a su órbita de acción pues no depende de dicho fondo, en razón a ello y de conformidad con lo establecido en la norma previamente citada, no habría lugar a condenar en costas a COLFONDOS, por lo que se modificará el numeral sexto de la sentencia apelada para en su lugar absolver a COLFONDOS S.A de la condena en costas de primera instancia.

Ahora bien, como quiera que el recurso de alzada igualmente le fue adverso a COLPENSIONES y PORVENIR S.A., además de que hubo réplica de la parte demandante, 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,

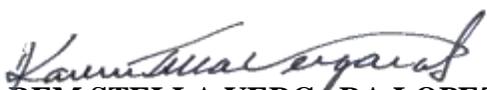
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral sexto de la sentencia apelada en el sentido de **ABSOLVER** a COLFONDOS S.A de la condena en costas impuestas, atendiendo las consideraciones expuestas en esta providencia.

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

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A, 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 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. 23-001-31-05-004-2020-00012-01 Folio 432-21**

VEINTINUEVE (29) DE JUNIO DE DOS MIL VEINTIDOS (2022)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas **PORVENIR S.A** y **COLPENSIONES**, como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia del veintisiete (27) de octubre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el **JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MONTERÍA**, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ALFONSO CARLOS OJEDA RIVERO** contra **PORVENIR S.A**, **COLFONDOS S.A**, **COLPENSIONES** y el **DEPARTAMENTO DE CORDOBA**.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda.

Pretende la parte actora **ALFONSO CARLOS OJEDA RIVERO**, 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 **COLFONDOS S.A.**, suscrito el 1° de julio de 1995; en consecuencia, se **CONDENE** al fondo de ahorro individual con solidaridad **PORVENIR S.A**, donde se encuentra actualmente afiliado, trasladar los aportes, rendimientos, bonos pensionales y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual, al régimen de prima media con prestación definida administrado por **Colpensiones**; se ordene a **Colpensiones** recibir como afiliado al señor **ALFONSO CARLOS OJEDA RIVERO**, además de los aportes efectuados al régimen de ahorro individual administrado por **PORVENIR S.A**, y se condene a las demandadas al pago de las costas del proceso incluidas las agencias en derecho.

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

- Estuvo afiliado en un primer momento al régimen de prima media con prestación definida administrado por la caja de previsión departamental de Córdoba desde el 15 de abril de 1993 hasta el 30 de junio de 1995, realizando cotizaciones en materia pensional para dicha entidad.

- El 01 de julio 1995 se traslada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por el fondo de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A, realizando cotizaciones en materia pensional en dicha entidad hasta el 31 de enero de 2000.

- A partir del 01 de febrero de 2000 se traslada al Fondo privado de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., en donde actualmente se encuentra aun realizando cotizaciones pensionales.

- En el mes de diciembre de 2019 solicitó a PORVENIR S.A. el valor actualizado de Bono pensional a la fecha, el número real de semanas cotizadas y el saldo que tenía en su cuenta de ahorro individual; recibiendo respuesta el 13 de diciembre de 2019 donde se le informa que no tiene Bono pensional y que en la cuenta de ahorro individual tiene un saldo por valor de \$ 279.160. 441.00 como capital, además que tiene cotizadas un total de 1.237 semanas.

-El demandante actualmente labora en el Departamento de Córdoba y está realizando cotizaciones en PORVENIR S.A; nació el 26 de marzo de 1965, por lo que actualmente tiene 54 años de edad.

- La AFP COLFONDOS S.A, al momento de afiliarse le pinto un panorama a futuro mucho mejor al que le podría ofrecer COLPENSIONES, dejándose llevar por una publicidad engañosa, esto debido a que los funcionarios del fondo no le suministraron una información veraz, oportuna, precisa, transparente, completa y comprensible de las consecuencias de la afiliación a ese sistema, asegurándole que se podía pensionar a cualquier edad y con una mesada pensional superior a la que podía recibir en Colpensiones.

- Al actor no le informaron cual era el saldo real que debía tener en su cuenta de ahorro individual para obtener dicha pensión; induciéndolo así a error; no le dieron a conocer las implicaciones y consecuencias reales de esa afiliación, frente a las condiciones que exterioriza el régimen de prima media con prestación definida

-EL 10 de diciembre de 2019 presentó ante COLPENSIONES solicitud de traslado de régimen y ese mismo día la entidad lo negó, agotando así la reclamación administrativa.

2.3. Contestación y trámite

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

2.3.1. COLFONDOS S.A: Al contestar la demanda indicó frente a las pretensiones que no se opone y no presentó excepciones.

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

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

2.3.4. DEPARTAMENTO DE CORDOBA propuso las excepciones de *cumplimiento de las obligaciones, ausencia total de solidaridad en cabeza de la gobernación de Córdoba, excepción genérica.*

2.3.5. 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 procedió a declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas PORVENIR S.A, COLPENSIONES y el DEPARTAMENTO DE CORDOBA, así como a declarar probada de oficio la de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto al DEPARTAMENTO DE CORDOBA; se accedió a las pretensiones de la parte demandante declarando la nulidad o ineficacia del acto de traslado efectuado por el señor ALFONSO CARLOS OJEDA RIVERO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la APF COLPATRIA – HOY COLFONDOS S.A-, mediante la solicitud datada de 10 de julio de 1995, la cual tuvo efectividad a partir del 1 de agosto de 1995,

trasladándose posteriormente a la AFP HORIZONTE – HOY PORVENIR S.A -, a través de solicitud del 6 de enero de 2000, tomando efectividad el 1° de marzo del 2000.

Consideró que la carga de la prueba de demostrar que se garantizó en debida forma el deber de información recae sobre las AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad y estas no allegaron elemento material probatorio que de constancia de esto. 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.

Se ordenó a la Administradora de Fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual – PORVENIR S.A., por ser la última institución pensional a la que se encuentra adscrito el demandante, que de manera inmediata, proceda a realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensional -si lo hubiere-, gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual del demandante señor ALFONSO CARLOS OJEDA RIVERO, debidamente indexados o actualizados con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, regentado por COLPENSIONES. Asimismo, se ordenó a COLFONDOS S.A que proceda a realizar la devolución de los gastos de administración y comisiones cobradas al demandante, así como los porcentajes utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, que se generaron mientras el demandante estuvo afiliado a ese AFP, debidamente indexados con destino a COLPENSIONES S.A. Se condenó en costas a las entidades accionadas COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS S.A.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de Colpensiones.

Aduce que se encuentra en un acto de negocio jurídico de traslado en el cual el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, hoy COLPENSIONES, no tuvo participación alguna dentro del traslado de régimen del demandante desde la caja de previsión hacia COLFONDOS S.A en una primera oportunidad y posteriormente hacia PORVENIR S.A; en estos casos en los que

se evidencia que el traslado se realiza de manera horizontal, se presenta una evidencia clara de la intención del demandante de permanecer en el régimen de ahorro individual, destaca que el afiliado pudo seguir perteneciendo al régimen de prima media y que el no hacerlo fue únicamente por su voluntad; debido a esto el ISS – HOY COLPENSIONES- no podía interferir en la decisión del demandante de no permanecer al régimen de prima media con prestación definida; solicita se estudie la posibilidad de que sea el fondo privado, en este caso PORVENIR S.A, por ser donde se encuentra actualmente el demandante, quien solventa los emolumentos, beneficios y demás criterios que tendría el actor en el caso de haber pertenecido al Régimen de prima media administrado por COLPENSIONES S.A, en aras de evitar el detrimento del patrimonio de la entidad.

4.2. Apelación de Porvenir S.A.

Argumenta que la afiliación del actor a PORVENIR S.A no adolece de ningún vicio y de haberse producido, éste se encuentra totalmente saneado por el paso del tiempo y con la ratificación de los actos jurídicos realizados por el demandante, por lo que resulta inverosímil que 25 años después, el demandante solicite un traslado prohibido por la ley vigente; se reitera que la mera aseveración de falta de información deprecada por el demandante no es conducente para probar los hechos referidos.

En cuanto a la devolución de los rendimientos y gastos de administración, indica no debe perderse de vista que las administradoras de pensiones son entidades autorizadas legalmente para realizar la función propia de administrar los ahorros para las pensiones de los trabajadores y gestionar el pago de las prestaciones económicas y beneficios que la ley establece; que la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena ejecución de la función de administración en cabeza de las AFP, es decir, que gracias a la función de la administradora la cuenta de ahorro individual se ha incrementado en determinado porcentaje, esto no hubiese sido posible si el actor hubiese permanecido en el RPMPD, por lo tanto, si el actor hubiese permanecido en COLPENSIONES S.A, sus aportes no tendrían rendimientos, razón por la que no deben ser devueltos los gastos de administración.

Declara que es claro que PORVENIR S.A, ha cumplido con lo deberes que se encuentran en cabeza de la misma por disposición normativa y jamás existió omisión de la información ni indebida asesoría, toda vez que el actor es una persona legalmente capaz, por lo tanto, se entiende que puede sopesar los argumentos manifestados por los asesores de la AFP, para determinar si le convenía o no trasladarse de fondo, por lo que PORVENIR S.A ha actuado de buena fe y acorde al derecho.

4.3. Apelación de Colfondos S.A.

Procedió a interponer recurso de apelación en contra de la sentencia en lo que respecta a la condena en costas, declara que el juez de primera instancia no realiza una interpretación adecuada del artículo 365 del C.G.P, toda vez que el legislador es muy claro respecto a que se condenara en costas toda vez que haya controversia en el proceso, y en el presente proceso no existe la misma por parte de COLFONDOS S.A, no se está generando ninguna opinión contra puesta respecto a las pretensiones ni el dicho del demandante, es decir, no se está generando ningún choque de opiniones y por lo tanto no es posible que se aplique dicho artículo contra la entidad como parte vencida del proceso, solicita que se aplique la posición mantenida por este tribunal en sentencia radicado No 23-001-31-05-001-2020-00068-01 Folio 67-21 del M.P Carmelo Ruiz, en lo que respecta a la condena en costas.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

5.1. Alegatos Colpensiones S.A

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.

Refiriéndonos a la selección del régimen, es claro que solo la voluntad del afiliado es la que determina cual régimen le resulta más atractivo, es decir, o el régimen de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, sin dejar de anotar que la selección del régimen, siendo parte de la manifestación de voluntad del afiliado, conlleva la aceptación de las condiciones establecidas para el respectivo régimen, tal como lo indica el art. 11 del Decreto 692 de 1994 (Decreto 1833 de 2016 art. 2.2.2.1.8) lo que denota el carácter adhesivo. También hay que aclarar que el sistema de doble asesoría tan solo fue establecido recientemente por la Superintendencia Financiera al impartir instrucciones para que las administradoras adopten programas especiales dirigidos a los afiliados, y puedan tomar las decisiones que más le convengan, y por ello deben contactar a los afiliados que les falten 12 años para cumplir la edad de pensión y puedan verificar la conveniencia de un traslado de régimen antes que lleguen a la edad donde no sea posible por la prohibición que establece el art. 2 de la Ley 797 de 2003.

(...)

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

Complemento de lo anterior, en lo que respecta con la selección de la administradora, es preciso recordar la posibilidad de ejercer la manifestación de voluntad de retracto, la cual está prevista en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994 (Decreto 1833 de 2016, artículo 2.2.2.2.1) y se puede ejercer dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se haya manifestado por escrito la correspondiente selección, la cual se puede ejercitar por cualquier medio verificable previamente aprobado por la Superintendencia de Colombia en la forma como se señala en la Parte II, Título III, Capítulo I, numeral 3.3 de la Circular Básica Jurídica de dicha Entidad,

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 S.A

“ El Juez de primera instancia no aplico correctamente el artículo 365 del Código General del Proceso al imponer costas y agencias en derecho a COLFONDOS SA en primera instancia, toda vez que dicha disposición normativa es muy clara en su primer inciso cuando de manera inquisitiva dispone que se condenará en costas cuando exista controversia en los proceso y actuaciones posteriores, así:

(...)

Honorable Magistrado Ponente, como se puede verificar en el escrito de la contestación de la demanda y en la audiencia de concentrada del artículo 77 y 80 del C.P.T. llevada cabo el día 27 de octubre de 2021 a partir de las 8:27 a.m. mi defendida COLFONDOS SA no presento oposición a los hechos de la demanda, dio por confesos los hechos susceptibles de confesión presentados por la demandante, no se opuso a las pretensiones de la demanda, no propuso excepciones de fondo, ni previas, no presento recursos dentro de la audiencia contra autos interlocutorios, no propuso nulidades, ni propuso incidentes, por lo que es claro que no existió controversia por parte de COLFONDOS SA, razón por la cual la exime de cualquier condena en costas.”

5.3. Alegatos de Porvenir S.A.

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 ninguna 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.

(...)

En el presente asunto, la parte demandante realizó cambio de régimen en el año 1995 con Colfondos S.A. de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario de afiliación con Colfondos S.A.

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 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 en 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, que permaneció por espacio de más de 26 años en el régimen de ahorro individual y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

(...)

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

(...)

Por las anteriores consideraciones, respetuosamente se solicita al H. Tribunal, Sala Laboral, analizar las circunstancias particulares de este proceso que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como consentimiento informado, como quiera que mi representada cumplió con la carga probatoria de acreditar que suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación como lo refleja el formulario de afiliación, el cual se reitera se trata de un documento público que se presume auténtico, además que no fue tachado ni desconocido en los términos previstos en la ley, sumado a lo expuesto por la parte actora, en diferentes actos ejecutados por la parte demandante por espacio de más de 26 años, pruebas que analizadas en conjunto y de manera crítica, sin duda exhiben el tan mentado consentimiento informado, más allá del momento mismo del traslado, inclusive.”

5.4. Alegatos del demandante.

Mi cliente al momento de trasladarse del iss hoy colpensiones al fondo privado, éste último le pintó un panorama a futuro mucho mejor al que le podría ofrecer colpensiones dejándose llevar por una publicidad engañosa, esto es, los funcionarios encargados de dicha entidad no le suministraron una información veraz, oportuna, precisa, transparente, completa y comprensible de las consecuencias del traslado del rpm al rais; asegurándole que se podía pensionar a cualquier edad y con una mesada pensional superior a la que podía recibir en colpensiones, mas no le informaron cual era el saldo que debía tener en su cuenta de ahorro individual para obtener dicha pensión; induciéndola así al error.

Con toda seguridad, si a mi cliente le hubiesen informado realmente en el régimen de prima media iba a obtener una pensión de vejez mucho mayor a la que le proyecta el fondo privado, nunca se hubiese trasladado.

Es cierto que el traslado lo hizo mi cliente en una forma consciente, libre y espontánea como lo indica la ley, es decir, nadie la coaccionó para que firmara dicho traslado; sin embargo, no es menos cierto que dicha elección libre y espontánea, debe estar acompañada de una

información veraz, seria, transparente, honesta; en el cual se le informe al potencial afiliado de las ventajas y desventajas que puede tener estando en el rpm o las que puede tener estando en el rais. de esta manera, el fondo privado le indico a mi cliente que estando vinculada a ellos, se podía pensionar a una edad inferior y con una mesada más alta a la que le podía ofrecer el rpm si se quedaba ahí, engañándola de esta forma.

Todo lo anterior demuestra que en lo tocante a que mi cliente, en su rol de afiliada al sistema general de seguridad social en pensiones, al momento de trasladarse del rpm al rais, a través de a la administradora de pensiones porvenir, no se le dio realmente la información referente al cambio de régimen pensional, ni se le previno respecto de las consecuencias y avatares consecuenciales con su decisión, luego entonces, la consecuencia lógica que deviene de lo precedente, en aplicación a los precedentes jurisprudenciales en referencia y de los hechos probados al interior de la litis, corresponde a que se impone la declaratoria de nulidad de ese acto de traslado, y como consecuencia de dicha declaratoria, disponer el cese de los efectos sucedidos con posterioridad a dicho acto de traslado dentro del régimen de prima media con prestación definida.

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 el accionante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por omisión del fondo privado en darle una información completa, veraz, comprensible sobre las consecuencias negativas del mismo. *(ii)* De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado, determinaremos las consecuencias y efectos frente a los accionados. *(iii)* determinar si opera la prescripción en el caso estudiado *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, administrado por el extinto ISS hoy por COLPENSIONES, y el de capitalización conocido como Régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por particulares a través de fondos privados.

Acerca de las características de los dos sistemas y/o regímenes anunciados, precisó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-929 del 14 de febrero de 2018, radicación No. 47992,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas,

consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”

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

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

“La sentencia CSJ SLI688-2019, 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 perjudicarlo

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)”.

Revisado el expediente se evidencia que la AFP COLFONDOS S.A. aceptó en su escrito de contestación a la demanda, no haber suministrado al demandante información veraz, oportuna, precisa, transparente y comprensible respecto de las ventajas y desventajas que se generarían al realizar un traslado del RPMPD al RAIS; generando esto que el traslado de regímenes realizado por el actor, como se comprueba conforme historial de vinculaciones, en fecha 10 de julio de 1995, y el posterior traslado entre fondos suscrito mediante formulario de afiliación al fondo de pensiones HORIZONTE S.A – HOY PORVENIR-, en fecha 06 de enero del 2000, fueran realizados por el demandante bajo un consentimiento no 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 confeso en el sub examine no haber cumplió COLFONDOS S.A, no puede pregonarse que el traslado de régimen que realizó el demandante lo fue bajo consentimiento informado.

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 COLFONDOS 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.

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 PORVENIR SA trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual del actor en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si los hubiere, y a ordenar a COLFONDOS S.A que proceda a devolver los gastos de administración y comisiones cobradas al accionante, así como los porcentajes utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima que se generaron mientras el actor se encontraba afiliado a dicha AFP, estos debidamente indexados y trasladados a COLPENSIONES, ello por cuanto dispone la ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que ella prevé.

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

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

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

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

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

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

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

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

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

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. ”

6.4. COSTAS.

Frente a la inconformidad de la condena en costas expresada por las demandadas COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A y COLPENSIONES S.A, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 No 1 del C.G.P, aplicable por remisión del canon 145 del Código procesal del trabajo y de la seguridad social:

“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.

En el presente asunto, se evidencia que las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES S.A, presentaron excepciones de mérito y se opusieron a las pretensiones de la demanda, razón por la cual si hay lugar a la condena en costas que le fueron impuestas. En cuanto a COLFONDOS S.A, observó una conducta procesal distinta por cuanto no efectuó controversia alguna, no se opuso a las pretensiones de la demanda ni presentó excepciones, aunado a que no se opone al retorno de la parte accionante al régimen de prima media, traslado que, dicho sea paso, escapaba a su órbita de acción pues no depende de dicho

fondo, en razón a ello y de conformidad con lo establecido en la norma previamente citada, no habría lugar a condenar en costas a COLFONDOS, por lo que se modificará la sentencia de primera instancia en este aspecto y en su lugar se absolverá a COLFONDOS S.A, de la condena en costas impuesta.

Se impondrá condena en costas a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A en esta instancia, por las resultas del recurso y dado que hubo 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 para las entidades COLPENSIONES y PORVENIR S.A que, según el numeral 4° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general.

VII. DECISIÓN.

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

RESUELVE

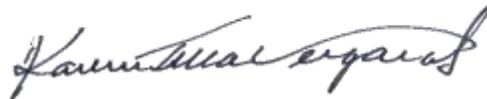
PRIMERO: MODIFICAR el numeral octavo de la sentencia apelada y consultada de origen y fecha reseñado en el preámbulo de esta providencia y en su lugar, absolver a la demandada COLFONDOS S.A, de la condena en costas impuesta en primera instancia, en mérito de lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A, 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