

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N°. 23 -001- 31- 05- 004 -2019-00378-01- FOLIO 459-21**

MONTERÍA, VEINTISIETE (27) DE JULIO 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 que se surte a favor de la segunda, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia el dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por NURIA DEL ROSARIO MEJIA MATUTE contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, PORVENIR S.A, vinculada la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP), RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora NURIA DEL ROSARIO MEJIA MATUTE, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen que hiciera, de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.; en consecuencia, se CONDENE al fondo de pensiones PORVENIR trasladar los aportes en pensión efectuados en la cuenta de ahorro individual de la accionante y sus rendimientos, al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Asimismo, se ordene a Colpensiones recibir como afiliada a la señora NURIA DEL ROSARIO MEJIA MATUTE,

además de los aportes efectuados al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A; se condene en costas y agencias de derecho.

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

- La señora Nuria del Rosario Mejía Matute, nació el 12 de diciembre de 1961.
- En condición de trabajadora dependiente estuvo afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL- desde el 9 de agosto de 1989 hasta el 1° de junio de 1994.
- Que el día 1 de junio de 1994, bajo una actividad engañosa por parte del Fondo de Pensiones y Cesantías PORVERNIR S.A, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- La conducta engañosa utilizada por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., consistió en omitir darle información acerca de las repercusiones que tendría al cambiarse de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- Que mediante petición bajo radicado N° 2019-13825269 de 11 de octubre de 2019, solicitó ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el traslado de régimen pensional, el cual fue rechazado por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse.
- Que en la historial laboral acredita 1.257 semanas cotizadas y un ahorro en su cuenta individual por la suma de CIENTO CINCUENTA MILLONES SEICIENTOS TRECE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS (150.613.385), capital que no es suficiente para acceder a la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual.

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma, las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito, excepto la RAMA JUDICIAL - ADMINISTRACION JUDICIAL SECCIONAL MONTERIA, que no contestò la demanda.

2.3.1. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP) se opuso a las pretensiones de la demanda proponiendo las siguientes excepciones de mérito: *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación - falta de fundamentos legales para declarar la nulidad del acto de traslado, prescripción trienal, buena fe.*

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

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

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante declarando la nulidad o ineficacia del acto de traslado efectuado por la señora NURIA DEL ROSARIO MEJIA MATUTE del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la sociedad AFP HORIZONTE S.A, con solicitud datada 10 de octubre de 1994, con efectividad el 1 de noviembre de 1994, siendo trasladada posteriormente a PORVENIR S.A. por fusión entre los citados fondos, con efectividad el día 1º de Enero de 2014.

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

Lo anterior al considerar que la accionada PORVENIR S.A no acreditó que el traslado de fondo de la accionante fue voluntario por cuanto no se encuentran satisfechos los requisitos jurídicos que comporta el sistema general de pensión, en el evento concreto, en el cual el régimen de ahorro individual con solidaridad le es menos favorable a su expectativa pensional respecto a la que puede otorgarle el régimen de prima media con prestación definida, la cual quebranta sus garantías constitucionales fundamentales e irrenunciables a la seguridad social.

En consecuencia, ordenó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A. que de manera inmediata, proceda a realizar la devolución de los aportes, rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante señora NURIA DEL ROSARIO MEJÍA MATUTE, debidamente indexados o actualizados con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, regentado por COLPENSIONES. De igual forma, se ordenó a COLPENSIONES proceda a recibir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por los demandados COLPENSIONES Y PORVENIR, así como las de falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de la UGPP. Condenó en costas a las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR, equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES.

Plantea que Colpensiones no ha sido mas que un tercero de buena fe, que no tuvo participación en el acto jurídico de traslado que dio lugar a la afiliación de la demandante ante PORVENIR; la entidad nunca tuvo a la demandante como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, si bien estuvo afiliada en CAJANAL, si la demandante hubiera tenido la intención de querer permanecer en el régimen de prima media con prestación definida, habría podido llegar a esto de acuerdo al decreto 2196 de 2009, así como lo dispuesto en el decreto 694 de 1994.

Considera que la demandante siempre optó y su intención fue querer estar afiliada en el régimen de ahorro individual con solidaridad, motivo por el cual debería tenerse al fondo privado PORVENIR como único responsable de este acto de afiliación y solvente las posibilidades a que tendría lugar la demandante, es decir, asumir el pago de las prestaciones

que se generará de esta declaratoria de nulidad de traslado, asumir todos los emolumentos, derechos y beneficios que tendría lugar el afiliado en el caso de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, como ya advirtió, Colpensiones y el Instituto Seguro Social nunca la tuvieron como afiliada, fueron totalmente ajenos a esta situación que dio lugar a su afiliación ante Porvenir.

Señala que la sostenibilidad financiera de la reserva pensional se está viendo vulnerada con ocasión a estos negocios jurídicos de traslado a los que se les está decretando la nulidad o ineficacia. Además, la demandante solicita la nulidad teniendo la edad de 58 años en el momento que presentó la demanda, motivo por el cual para COLPENSIONES es imposible recibirla como afiliada por encontrarse dentro del término de la edad para acceder a un derecho pensional.

4.2. Apelación de PORVENIR S.A.

Presenta inconformidad por cuanto asegura entregó la asesoría correspondiente de manera verbal a la demandante en el momento en que es contactada por el asesor del fondo de pensiones, que esta no se acuerde de la información que se le entregó, es una situación que debe analizarse particularmente, pues de su interrogatorio se desprende haber recibido asesoría, haberse entregado una información y la accionante no se acuerda, por lo que no puede alegar que fue engañada, amén de que se indica de manera generalizada que hubo engaño, pero no se precisa en qué condiciones, teniendo en cuenta que el régimen de ahorro individual comprende muchas cosas, por lo tanto, no debe generalizarse en este aspecto, aún más cuando la demandante en el interrogatorio de parte no especifica cuál fue el engaño que recibió en su oportunidad.

En cuanto al formulario de afiliación, advierte que es un documento conforme a la ley 100 de 1993, artículo 13, que goza de plena validez y respalda la entrega de la información y aceptación de manera expresa, libre y voluntaria, de parte de la afiliada de trasladase al fondo de pensiones de PORVENIR, por la tanto, se considera que es un documento que merece una valoración y darle pleno respaldo probatorio.

Advierte que la afiliación previa al régimen de prima media con prestación definida administrado en ese entonces por CAJANAL, no se observa de la documental allegada, como lo es la historia laboral de la oficina de bonos pensionales, no se reporta ninguna vinculación o periodos cotizados además de que no hubo una afiliación a Colpensiones; asimismo, se advierten dos formularios de vinculación al régimen de ahorro individual, es decir, que

existieron dos traslados a fondos de pensiones privados, el primero fue realizado al fondo de pensiones porvenir en 1994 y posterior a ello surge un traslado a Horizonte del 10 de octubre de 1994, esos dos formularios fueron reconocidos por la demandante, dado que la fusión se da para el año 2014, cuando entonces es porvenir quien asume lo referente a Horizonte, por ello, la afiliación se da desde abril de 1994, lo cual ratifica esa decisión de permanecer en el régimen de ahorro individual.

Considera no se da ninguno de los presupuestos para una declaratoria de ineficacia, ya que se está frente a una persona que al momento de efectuarse el acto jurídico de traslado, es plenamente capaz, comprendía el alcance de ese acto jurídico que estaba realizando en cambiarse al régimen y de fondo de pensiones que administraba en su oportunidad los aportes.

Que de aplicarse las consecuencias jurídicas de lo que implica la declaratoria de ineficacia, es decir, que todo vuelve a su estado inicial, no debe ordenarse a PORVENIR devolver más allá de los aportes, ni los rendimientos ni bonos pensionales, porque los bonos pensionales no se alcanzaron a consolidar; tampoco hay lugar a que devuelva las sumas aseguradas ni los descuentos realizados por garantía de pensión mínima dado que son recursos que no fueron a parar a las arcas del fondo de pensiones PORVENIR S.A. y las entidades que los tienen en su poder, son terceros que no estuvieron vinculados a este proceso; tampoco los gastos de cuotas de administración atendiendo a que los rendimientos se causaron en atención a la gestión administrativa realizada por los fondos, por lo tanto, no puede pasar desapercibida esa gestión realizada por el fondo para efectos de la causación de los rendimientos financieros.

En cuanto a las costas, considera que debe exonerarse por que la afiliación se hace en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en cuanto no era dable oponerse al fondo de pensiones aceptar la afiliación de la demandante, la cual se hizo de manera libre, voluntaria y espontanea, pues en ningún momento el fondo de pensiones la obligò.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

5.1. ALEGATOS DE DEMANDANTE

“Es preciso recordar que de acuerdo al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, «los trabajadores tienen la opción de elegir libre y voluntariamente» el régimen que mejor se ajuste a sus intereses, por cuanto cada uno tiene características disímiles y regladas, sin que dicha decisión pueda ejercerse con obstrucción o presión alguna del empleador o de terceros, so pena de incurrir en las sanciones del artículo 271 ibidem.

Además, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias CSJ SL12136-2014; CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1688-2019 explicó que ese deber de información, apareja la de suministrar una asesoría clara y transparente al afiliado, toda vez que la decisión de traslado de régimen pensional es un acto trascendente que repercute en la consolidación y acceso a un derecho fundamental como lo es el pensional.

Por ello, la jurisprudencia ha sido insistente en explicar que la labor de las administradoras de fondos de pensiones, va más allá del simple diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, pues recuérdese que su gestión es parte esencial de la prestación y/o administración de un servicio público obligatorio, que dirige, coordina y controla el Estado, según el artículo 48 de la CP; cuya obligación, según el numeral 1° del artículo 97 Decreto 663 de 1993, se centra en «[...] 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».

Ello, por cuanto el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, para efectos de la migración de régimen pensional, requiere que esa decisión esté precedida de información clara, comprensible y suficiente, que le permita al interesado conocer las consecuencias favorables y desfavorables de ese acto y escoger la opción que se adecúe a sus legítimos intereses.

Por todo lo anteriormente expuesto y trayendo a consideración los antelados criterios jurídicos, en fin de alimentar el tópico de la controversia solicito a los honorables magistrados del Tribunal superior de Montería Sala Civil – Familia – Laboral, que acoja nuestros buenos intencionados planteamientos y en estas condiciones se disponga confirmar en todas sus partes la sentencia apelada”.

5.2. ALEGATOS DE LA UGPP

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

“Artículo 2°. Objeto. En los términos establecidos por el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Ley 169 de 2008, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP tiene por objeto reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional o de las entidades públicas del orden nacional que se encuentren en proceso de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad por quien la esté desarrollando.

Así mismo, la entidad tiene por objeto efectuar, en coordinación con las demás entidades del Sistema de la Protección Social, las tareas de seguimiento, colaboración y determinación de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales de la Protección Social, así como el cobro de las mismas.”

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

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

“ARTICULO. 52.- Reglamentado por el Decreto Nacional 2527 de 2000, Reglamentado por el Decreto Nacional 3727 de 2003. Entidades administradoras. El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.”

En concordancia con lo anterior, encontramos también que el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 creó la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES, remitámonos al tenor literal a de la norma a fin de constatar la naturaleza jurídica y el objeto de dicha entidad:

“Artículo 155. De la Institucionalidad de la Seguridad Social y la Administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 600 de 2008.

Adicionalmente créase una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, denominada Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, de acuerdo con lo que establezca la ley que los desarrolle.

Colpensiones será una Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de carácter público del orden nacional, para lo cual el Gobierno, en ejercicio de sus facultades constitucionales, deberá realizar todas las acciones tendientes al cumplimiento de dicho propósito, y procederá a la liquidación de Cajanal EICE, Caprecom y del Instituto de Seguros Sociales, en lo que a la administración de pensiones se refiere. En ningún caso se podrá delegar el reconocimiento de las pensiones.”

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

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

(...)

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

5.3 ALEGATOS DE PORVENIR

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

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

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

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

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

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

(...)

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

5.4 ALEGATOS DE COLPENSIONES

“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.

(...)

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.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

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

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

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

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

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

Sobre el tema pertinente es traer a colación lo expuesto por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, cuando en sentencia SL 1006 del 28 de marzo de 2022, Radicado 86505, MP OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, sostuvo:

“Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «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»

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado.”

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

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

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

Al remitirnos a las pruebas documentales arrimadas al proceso, detallamos el historial de vinculación que suscribiera la demandante al fondo de pensiones HORIZONTE S.A, hoy PORVENIR S.A. adiado 10 de octubre de 1994, el cual contiene la leyenda en formato pre-establecido por la entidad de que la afiliación la hace de forma libre, espontánea y sin presiones, pero del cual no puede extraerse la información que echa de menos la actora y la exigible en la ley para poderse establecer que se configuró el consentimiento informado.

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

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

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

relación a las personas que estuvieren afiliadas al 31 de marzo de 1994, situación en que se halla la actora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias.

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

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

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

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, al tenerse que la demandante nunca se afilió al RAIS, resulta acertado ordenar a la AFP PORVENIR SA trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren

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

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

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

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

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

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

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

“Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, cabe recordar que, al tratarse de una controversia de

índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016

(...)

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

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

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

[...] como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

Y frente a la prescripción de las cuotas de administración, en sentencia SL 2877-2020 se precisó:

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

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

los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

6.4. COSTAS.

Frente a la inconformidad de PORVENIR en cuanto a la condena en costas impuestas en primera instancia, es imperioso indicar que el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P. prevé tal condena a la parte vencida en el proceso, por lo que estas procedían a cargo de la citadas entidades, aún más si tomamos en consideración que COLPENSIONES y PORVENIR se opusieron a las pretensiones, cuyo resultado fue desfavorable, y como quiera que el recurso de alzada igualmente le fue adverso, es fundamento para imponer condena en costas de esta instancia a cargo de ellas.

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

VII. DECISIÓN.

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

RESUELVE

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

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

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N°. 23-001-31-05-001-2021-00016-01 FOLIO 488-21**

MONTERÍA, VEINTISIETE (27) DE JULIO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada COLPENSIONES, por conducto de apoderado judicial, contra la sentencia pronunciada en audiencia del 7 diciembre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por GUSTAVO ADOLFO MORENO SILGADO contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., y la consulta que se surte a favor de la administradora accionada.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora, señor GUSTAVO ADOLFO MORENO SILGADO, se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que hiciera del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por PORVENIR S.A. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se condene a PORVENIR S.A a trasladar los aportes en pensión, bono pensional, rendimientos y gastos de administración efectuados al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES. A su vez se condene a COLPENSIONES recibirlo como afiliado, así como los aportes que realizó en el RAIS, además de invocar costas y agencias en derecho a las demandadas

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

- El señor GUSTAVO ADOLFO MORENO SILGADO nació el 15 de junio de 1961, y a partir del 3 de agosto de 1995 se vinculó laboralmente a la empresa Asociación Copropietarios Urbanización La Española, a través de la cual se afilió al RPM administrado por el extinto I.S.S, hoy Colpensiones.
- Que en el mes de julio de 1996 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, afiliándose a PORVENIR S.A; en la fecha de consolidación del traslado de régimen, la sociedad no le informó documentalmente respecto a las consecuencias positivas o negativas del traslado o sobre el monto del capital que tendría que reunir con la finalidad de obtener su pensión de vejez; además de que no le fue suministrada información relacionada con la diferencia del monto de la mesada pensional en ambos regímenes.
- En noviembre de 2020 solicitó una proyección de mesada pensional por el portal web de PORVENIR S.A, informándole que el monto de su mesada pensional sería de \$1.381.200 al momento de que reuniera el requisito de la edad.
- El 19 de enero de 2021 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

2.3.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma la accionada COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito de *prescripción, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, inobservancia del principio de equilibrio financiero, inoperancia del principio de legalidad y el debido proceso, aplicación de la conmutación pensional y genérica.*

Mediante auto adiado 16 de abril de 2021 se tuvo por no contestada la demanda por PORVENIR S.A.

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante señor GUSTAVO ADOLFO MORENO SILGADO, declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES excepto la de *buena fe*, al considerar que no tuvo participación en el acto de traslado efectuado por el demandante. Asimismo consideró el *a-quo* que no se brindó por parte de la AFP PORVENIR S.A una información completa y adecuada al demandante del acto de afiliación al régimen individual con solidaridad, en consecuencia, declaró la ineficacia de la afiliación, pues no obra dentro del expediente prueba idónea de que se le hubiera brindado la información adecuada, pertinente y conforme a las reglas jurisprudenciales planteadas por la Corte necesarias para efectuar el traslado; que la carga de la prueba recae sobre las administradoras, y PORVENIR S.A no acudió al proceso a ejercer su derecho a la defensa y contradicción. De igual forma ordenó a la AFP PORVENIR S.A, trasladar todos los aportes para pensión efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos financieros, bonos pensionales y cuotas de administración; a su vez ordenó a COLPENSIONES recibir al actor como afiliado junto con los recursos que la AFP PORVENIR S.A gire a su favor por la declaratoria de la ineficacia.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES muestra inconformidad con la condena respecto a los numerales primero, tercero, cuarto y quinto de la sentencia, argumentando que la afiliación es un acto jurídico el cual solo genera obligaciones a las partes que en ella intervienen, por lo que aduce, no es dable que Colpensiones deba asumir las consecuencias jurídicas de la declaratoria de la ineficacia, teniendo en cuenta que la afiliación del demandante a PORVENIR S.A fue realizada de manera libre y voluntaria, no es Colpensiones sino un tercero ajeno que no participó en el acto jurídico, pues en ningún momento asesoró o brindó información al demandante para que accediera al cambio de administradora.

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

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

5.1. ALEGATOS DEMANDANTE

Mediante escrito presentado por el apoderado del señor GUSTAVO ADOLFO MORENO SILGADO solicita la confirmación de la sentencia, argumentando de forma sucinta que:

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

*De este tema también ha doctrinado nuestra HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA LABORAL en una larga trayectoria jurisprudencial sobre este tópico, que data desde el año 2008, cuando esta corporación emitió la sentencia hito con ponencia del **M.P. Eduardo López Villegas de fecha 9 de septiembre de 2008, Expediente 31989, así como también más tarde promulgo la Sentencia SL12136-2014 Radicación N° 46292, MP Elsy del Pilar Cuello Calderón, las cuales han sido enfáticas en disponer que la falta de información al momento de efectuar un cambio de régimen pensional dicha afiliación queda sin efecto, así mismo ha dispuesto que en estos casos la carga la prueba está en cabeza de las administradoras de pensiones del régimen de ahorro individual, las cuales tienen el deber de demostrar que en verdad le suministraron la información de manera documental, caso contrario debe declararse la ineficacia de ese traslado con todas las consecuencias que ello trae, es decir, el traslado de todos los aportes hechos en vigencia de la afiliación al RAIS, más los rendimientos financieros con destino al régimen de prima media.***

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

5.2. ALEGATOS COLPENSIONES

Oportunamente la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- allega escrito donde manifestó lo siguiente:

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

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

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que cuando el trabajador, asalariado o independiente al momento de afiliarse por primera vez al sistema de pensiones, debe elegir el régimen al cual quiere pertenecer (Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida), pero luego tiene la oportunidad de cambiarse o trasladarse de Régimen. De conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece que los afiliados al sistema general de pensiones, podrán escoger el Régimen de Pensiones que prefieran y después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse del Régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. En el caso que nos ocupa el demandante se encuentra a 10 años o menos para pensionarse por lo que estaría inmerso en esa prohibición legal.

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

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

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos Procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

De igual manera, en relación al tópico manifiesta la autoridad de la Sala de Casación Laboral cuando en sentencia SL 1125 del 23 de marzo de 2022, MP OMAR ANGEL MEJÍA AMADOR precisa:

“No obstante, se complementa lo dicho en casación en relación con lo relativo a la carga de la prueba, para lo cual la jurisprudencia de la Corte ha dicho que en estos eventos se está en presencia de una negación indefinida que traslada la carga de probar positivamente a la AFP, al respecto en sentencia CSJ SL1440-2021 que reiteró la CSJ SL1688-2019, en ésta última se expresó:

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

[...]

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.

Incumplimiento que en el caso concreto es evidente puesto que toda la documentación e información relativa a las ventajas y desventajas del traslado de régimen fueron posteriores a la afiliación de la demandante.”

En el *sub judice*, del material probatorio allegado al proceso se evidencia que en la historia laboral generada por COLPENSIONES, el 08 de enero de 2021, da a conocer que el señor GUSTAVO ADOLFO MORENO SILGADO cotizó 89,71 semanas al RPM, concretamente a Colpensiones (ISS), y de la historia laboral generada por PORVENIR S.A allegada con el libelo demandatorio se evidencia que cotizó 774 semanas al RAIS, desde el mes de junio de 1998. Lo anterior evidencia que en el presente asunto efectivamente existió traslado de régimen pensional por parte del accionante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP PORVENIR SA, demostrar que al momento del traslado del actor le ofreció toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS). No obstante, la AFP PORVENIR S.A no concurre al proceso, no contesta la demanda y no se hace presente durante el trámite de la audiencia, por lo tanto, ha de concluirse que no cumplió con su deber de dar información veraz y completa al demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, situación que evidencia la no acreditación de haberle informado al demandante 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 y ello es razón suficiente para que salga adelante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así mismo, acertó el fallador de primera instancia al ordenar a COLPENSIONES recibir 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.

6.4. Costas

Frente a la inconformidad de COLPENSIONES en cuanto a la condena en costas impuestas en primera instancia, es imperioso indicar que el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P. prevé tal condena a la parte vencida en el proceso, por lo que estas procedían a cargo de las entidades demandadas, aún más si tomamos en consideración que COLPENSIONES se opuso a las pretensiones, cuyo resultado fue desfavorable, y como quiera que el recurso de alzada igualmente le fue adverso, es fundamento para imponer condena en costas de esta instancia a cargo de ellas.

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

VII. DECISIÓN.

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

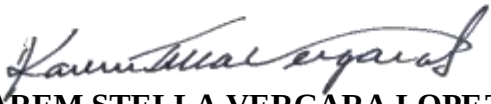
RESUELVE

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

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

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N° 23-001-31-05-005-2021-00223-01 FOLIO 492-2021**

MONTERÍA, VEINTISIETE (27) DE JULIO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos, por conducto de apoderado judicial, por las partes demandadas COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.S contra la sentencia pronunciada en audiencia del 10 diciembre de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por CARMEN TERESA POLO TORDECILLA., aunado a su consulta por ser adversa a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora CARMEN TERESA POLO TORDECILLA, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR, efectuado el 1° marzo de 2006. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se condene a PORVENIR a trasladar los aportes en pensión, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración efectuados en dicho régimen, al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. A su vez se condene a COLPENSIONES recibirla como afiliada, así como los aportes que realizó en el RAIS; además de invocar costas y agencias en derecho a las demandadas.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime:

-Nació el 16 de septiembre de 1966.

- Se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado en su momento por el antiguo Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones; sin embargo, la administradora privada de pensiones PORVENIR, mediante el despliegue de una actividad engañosa, la indujo a que se trasladara del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

-Que nunca se le brindó información acerca de las posibles desventajas que le acarrearía cambiarse de régimen pensional. Porvenir no le advirtió que para lograr pensionarse en dicho régimen, debía acumular un capital suficiente que le alcanzara a cubrir la prestación de vejez; nunca le aclaró que en el régimen de ahorro individual no figura la aplicación de semanas cotizadas para el logro de la pensión, como si lo es en el régimen de prima media con prestación definida.

-La asesoría de los empleados de Porvenir, para obtener el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, estuvo orientada a presentar únicamente las supuestas ventajas que ofrecía ese fondo privado.

-Que, creyendo en la buena fe y credibilidad de la información suministrada por lo empleados del fondo privado, acogiendo todas las supuestas ventajas presentadas, fue inducida a engaño, aceptando realizar el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administraba el Instituto de Seguros Sociales, al de Ahorro Individual con Solidaridad, que administra Porvenir.

-Agotó la reclamación administrativa ante la entidad demandada Colpensiones, para que se realizara el traslado de los aportes que tiene depositado en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros.

2.3. Contestación y trámite

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

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

2.3.2. COLPENSIONES propuso las excepciones de *prescripción, buena fe, inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, innominada o genérica, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen*.

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

III. SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante, declarando la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida que hizo la señora SOL ANGELA MARCHENA OTERO al régimen de ahorro individual con solidaridad en PORVENIR, el día 27 enero de 2006 con efectividad a partir del 1 de marzo de 2006; que está acreditado dicho traslado, existió una afiliación al régimen de prima media, y atendiendo a que no se cumplió con la carga de la prueba por parte de PORVENIR, desconociéndose el deber de información, clara, precisa, acerca de las ventajas, desventajas, características del régimen.

Indicó que, como consecuencia de esa falta de información, las cosas vuelven a su estado anterior, es decir, se da la ineficacia de ese traslado que hizo del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al AFP PORVENIR S.A que representaría al RAIS régimen de ahorro individual con solidaridad. Por lo anterior, condenó a PORVENIR S.A devuelva a COLPENSIONES durante el tiempo que estuvo afiliada, los gastos de administración que le descontaron a la accionante y lo demás emolumentos; frente a COLPENSIONES, indicó que la actora conservará la condición de afiliada al régimen de prima media con prestación definida como si nada hubiera ocurrido. COLPENSIONES no podrá obstaculizar para tenerla como afiliada y quedará habilitada

administrativa y judicialmente para reclamar a la entidad mencionada lo que el despacho ordene en devolver o reintegrar. Asimismo, PORVENIR deberá devolver su historial laboral a COLPENSIONES para cuando acceda o quiera reclamar un derecho en esta entidad.

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

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de PORVENIR

Aduce Porvenir S.A que, la declaratoria de ineficacia conceptuada por el juzgado trasgrede el principio de la autonomía de la voluntad privada, en cabeza de la parte demandante y establecido de la línea jurisprudencial de la sentencia C-341 de 2006 de la Corte Constitucional y lo conceptúa como el poder de las personas reconocido por el ordenamiento positivo para disponer unos efectos vinculantes los derechos, deberes e intereses de los cuales son titulares las personas.

En cuanto a los gastos de administración, cita el artículo 113 de ley 100 de 1993, por lo que, a su sentir, es claro que el legislador no incluye los gastos de administración al momento de traslado de régimen pensional. Amén de que, con fundamento en concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia bajo el radicado No 2019152169000 00 del 15 de enero de 2020, indicó que no es dable el retorno de los dineros como Prima de Seguro Previsional y comisión de administración, como quiera que el porcentaje de la prima de seguro previsional ya fue sufragado y pues la compañía aseguradora cumplió con un deber contractual de mantener una cobertura vigente durante una póliza respecto de las contingencias de invalidez, vejez y muerte, por lo que se produce un grave un perjuicio a este.

4.2. Apelación de COLPENSIONES

Muestra inconformidad con la condena, argumentando que en los términos del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la selección de la administradora le compete única y exclusivamente al afiliado. Como se evidencia en el presente caso, el consentimiento de la señora CARMEN POLO se produjo de manera voluntaria, libre, siendo la única manera de desvirtuar esta regla la existencia de una fuerza que viciara su consentimiento, aspecto que no se evidenció. Así

las cosas, el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad gozo de plena validez.

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

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. ALEGATOS COLPENSIONES S.A

Oportunamente la administradora COLPENSIONES allega escrito donde argumentó lo siguiente:

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

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

(...)

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

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

5.2. ALEGATOS PORVENIR S.A

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

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

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 pertinente es traer a colación lo expuesto por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, cuando en sentencia SL 1006 del 28 de marzo de 2022, Radicado 86505, MP OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, sostuvo:

“Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «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»

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado.”

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

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

Ahora bien, es la misma Sala de Casación Laboral la que dispone, en casos como este, la inversión de la carga de la prueba, recayendo en el fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó a la demandante la información acerca de lo conveniente e inconveniente de su traslado de régimen, así se plasmó en la sentencia SL-12136 del 03 de septiembre de 2014,

radicado 46292, con ponencia de la magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, donde señaló:

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

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

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

En el sub examine, del material probatorio allegado al proceso se evidencia que la señora CARMEN TERESA POLO TORDECILLA efectivamente realizó un traslado de régimen pensional del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a HORIZONTE, hoy PORVENIR, el 27 de enero de 2006 con efectividad a partir del 1° de marzo de 2006.

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…) A juicio de la Sala, la intervención de los asesores y la firma del formulario de vinculación, no constituyen prueba concreta de la asesoría que el citado fondo debió

suministrar a la demandante, de donde se impone colegir que el traslado no estuvo precedido de un consentimiento informado y, por tanto, deviene ineficaz. En providencia CSJ SL3199-2021, la Sala discurrió:

[...] como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

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

Proponen los accionados la excepción de prescripción, la que no está llamada a prosperar atendiendo lo expuesto en la SL-1689 del 2019, M.P. Dra CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO:

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

Y frente a la prescripción de las cuotas de administración en los términos planteados por PORVENIR, en sentencia SL 2877-2020 se precisó:

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

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

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

6.4. COSTAS.

Frente a la inconformidad de la parte demandada COLPENSIONES en cuanto a la condena en costas impuesta en primera instancia, es imperioso indicar que el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P. prevé tal condena a la parte vencida en el proceso, por lo que estas procedían a cargo de la citadas entidades, aún más si tomamos en consideración que COLPENSIONES y PORVENIR se opusieron a las pretensiones, cuyo resultado fue desfavorable, y como quiera que el recurso de alzada igualmente le fue adverso, es fundamento para imponer condena en costas de esta instancia a cargo de ellas.

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

VII. DECISIÓN.

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

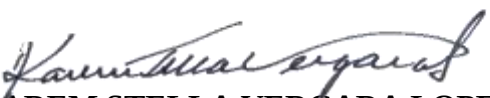
RESUELVE

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

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

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N°23-001-31-05-005-2021-00180-01 FOLIO 493-21**

MONTERÍA, VEINTISIETE (27) DE JULIO 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 PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES contra la sentencia pronunciada en audiencia del 10 diciembre de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ELDER BALMIRO OTERO RAMOS, aunado a su consulta por ser adversa a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora ELDER BALMIRO OTERO RAMOS, 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 PROTECCION, efectuado el 10 octubre de 1994. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se condene a PROTECCION 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 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:

- Es médico especializado en medicina interna y Gastroenterología, se vinculó laboralmente con el Hospital San José de Tierralta, ubicado en el municipio de Tierralta, departamento de Córdoba, el día 11 de mayo de 1987 hasta el día 30 de abril de 1990.

- Se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales –ISS, cotizando un total de 155 semanas hasta el día 30 de abril de 1990.

- Que el día 10 de octubre de 1994 fue asesorado por una funcionaria del fondo DAVIVIR que estaba realizando afiliaciones en el Hospital Militar Central, quien le proyectó un futuro mucho mejor al que le podría ofrecer el I.S.S. hoy COLPENSIONES. En dicha asesoría no se le suministró una información veraz, oportuna, precisa, transparente, completa y comprensible de las consecuencias de la afiliación al sistema, arguyendo que, se podía pensionar a cualquier edad y con una mesada pensional superior a la que podía recibir en COLPENSIONES, y trajo como consecuencia que se afiliara DAVIVIR S.A hoy PROTECCIÓN S.A.

- Que el día 08 de abril de 2002 fue visitado en su lugar de trabajo por un asesor de COLFONDOS S.A, quien lo convenció de afiliarse a dicha entidad, sin advertirle del monto del capital que tendría que consignar o reunir, o depositar en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener una pensión por vejez digna, tampoco le explicaron los tipos de modalidades de pensión del régimen.

- En mayo de 2021 solicitó una proyección de mesada pensional por el portal web de COLFONDOS S.A y esta entidad le informó que el monto de su mesada pensional sería por valor de \$ 1.499.849 cuando cumpla los 62 años de edad, y al realizar la proyección de cual sería el valor de la pensión que recibiría si estuviera en el Régimen de Prima Media Administrado por COLPENSIONES, resulta mayor.

- El día 06 de mayo de 2021 presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante COLPENSIONES y dicha solicitud fue rechazada con fundamento en que la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma las accionadas 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 pensión, inoponibilidad de la responsabilidad de la afp ante colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, prescripción, e innominada.*

2.3.2. PROTECCIÓN propuso las excepciones de *inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento Indevido de los Recursos Públicos y del Sistema General De Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica.*

2.3.4. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal; en la primera se vinculó al proceso a COLFONDOS S.A., que se allanó a las pretensiones de la demanda, y en la segunda se profirió la;

III. SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante, declaró la ineficacia del traslado que hizo del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al AFP PROTECCIÓN S.A que representaría al RAIS régimen de ahorro individual con solidaridad. Dispuso el A-Quo quedaría sin efectos el traslado entre AFP que hizo PROTECCIÓN a COLFONDOS, siendo COLFONDOS S.A la última entidad a la cual se encuentra el demandante afiliado actualmente. Por lo anterior, condenó a PROTECCIÓN S.A devuelva a COLPENSIONES durante el tiempo que estuvo afiliado, los gastos de administración que le descontaron al accionante y los demás emolumentos; en cuanto a COLFONDOS, 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.

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 y PROTECCION S.A.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de PROTECCION

Argumenta Protección S.A en este caso es un tercero de buena fe, por lo que no tiene que sufrir consecuencias negativas de declaratoria de un traslado en que no participó, así como la condena de devolver gastos de administración como una sanción para la administradora de fondo de pensiones; no tendría Protección S.A que sufrir ningún tipo de sanción toda vez que no participó en el acto de traslado y que actuó cobijado por la presunción de legalidad y de eficacia de los actos jurídicos. Además, que se trata un contrato de tracto sucesivo por el cual el acto de afiliación a Protección S.A se dio a través de un traslado de AFP y este contrato de tracto sucesivo el efecto de la declaratoria de ineficacia es la terminación del contrato.

Considera que devolver los gastos de administración no puede ser entendido como una sanción, porque este tipo de sanciones solo tendría que tenerse en cuenta como una norma, tampoco puede tenerse como una consecuencia lógica de la declaratoria de ineficacia y reitera que la consecuencia en este caso debería ser la terminación del contrato; que no sigan dándose esas prestaciones de servicio durante el tiempo, pero las que ya se dieron no se pueden desaparecer. Cuenta que el hecho de ordenar la devolución de cuota de administración hace incurrir a COLPENSIONES en un enriquecimiento sin justa causa. Por tanto, solicita se revoque el fallo de primera instancia en cuanto a la devolución de gastos de administración.

4.2. Apelación de COLPENSIONES

Aduce que, teniendo en cuenta que la afiliación de la demandante a PORVENIR fue de manera libre y voluntaria y al ser un acuerdo de voluntades que solo involucra a las partes que intervinieron, tal como se evidencia que Colpensiones fue ajena a esa circunstancia, en ningún momento asesoró o brindó información para que la demandante accediera al cambio de administradora, ya que esta se constituye en un acto libre y voluntario por parte del afiliado de cambiarse de régimen sin que el fondo en que se encuentre afiliado pueda oponerse a la decisión adoptada. Además, que el demandante tuvo oportunidad de ejercer el derecho de

retracto, entonces lleva a pensar que este tiempo en que estuvo afiliada a dicho régimen estuvo a gusto con todas las condiciones que le fueron ofrecidas en su momento por el fondo de pensión PROTECCIÓN.

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

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. ALEGATOS COLPENSIONES S.A

Oportunamente la administradora COLPENSIONES allega escrito donde argumentó lo siguiente:

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

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

Quedo demostrado, que el traslado efectuado por la demandante en su día del régimen prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, gozó de plena validez, siendo el afiliado totalmente consciente del acto y de las consecuencias jurídicas del traslado, tal como lo ratifica el hecho de haber permanecido afiliado durante tanto tiempo al RAIS y haberse abstenido de solicitar su retorno al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones hasta entonces, llevándonos a pensar con su comportamiento y actividades el compromiso de querer permanecer en ese régimen pensional, al cual había emigrado voluntariamente y sin imposición alguna, en aras de aspirar a un mejor derecho pensional, de manera, que ante la ocurrencia en los últimos momentos de una situación particular que quizás no le favoreció, pretenda retornar nuevamente al régimen de prima media con prestación definida, obviándose que en su oportunidad pudo ejercer su derecho de retracto previsto en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, no obstante nunca lo ejerció, dando a cavilar todo este tiempo en el que ha permanecido en el régimen de ahorro individual con solidaridad, que estuvo a gusto con su afiliación y con las condiciones que le fueron ofrecidas en su momento por los fondos de su elección, evidenciándose así su deseo de continuar en dicho régimen, destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión

consciente de permanecer en el Régimen seleccionado, siendo la única manera de desvirtuar esta regla legal el demostrando la existencia de una fuerza que viciara el consentimiento, circunstancia que no se evidenció en el presente caso, pues se echó de menos prueba alguna que soporte la existencia de algún vicio que afectara el consentimiento de la actora al momento de afiliarse al RAIS.

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

(..)

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

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

5.2. ALEGATOS PROTECCION S.A

“Además es evidente de la lectura de la demanda que lo pretendido es que no se le aplique la consecuencia de una norma jurídica como es la variación en las condiciones pensionales frente al RPMPD, lo que por definición constituye un error de derecho, el cual conforme el artículo 1509 el código civil (aplicable a este caso por remisión) no vicia el consentimiento y mucho menos podría tornarlo ineficaz, toda vez que si es un consentimiento dado válidamente debería generar todos los efectos y tampoco se puede perder de vista que los derechos que se puedan desprender del acto de afiliación realizado en 2004 se encuentran prescritos conforme el artículo 151 del C.P.T. y 488 del C.S.T., pues no obstante lo manifestado por la H. Corte suprema de Justicia, este no es un proceso pensional sino el que decide los efectos jurídicos de un acto.

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

Lo anterior se concluye de lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil que habla de los efectos de la declaratoria de nulidad “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo;

Los contratos de tracto sucesivo no se resuelven sino que se terminan, porque existen obligaciones cumplidas que no son posibles devolver, así que lo más parecido a dejar las cosas sin efectos es terminarlos como vienen porque lo contrario significaría enriquecimiento para una de las partes y en este orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende PROTECCIÓN S.A. nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en esto debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena gestión de la AFP y el fruto o mejora de la AFP es la comisión de administración, la cual debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado

Finalmente, es menester poner de presente que en caso de que se confirme la orden a PROTECCIÓN S.A. de devolver a Colpensiones los aportes del demandante, los rendimientos generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en pro de la demandante un enriquecimiento sin justa causa pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de mi representada, sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada, realizando el juez una interpretación no acorde con la Constitución ni con la ley, en detrimento del patrimonio de mi representada, vulnerándosele el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada a una de las dos partes del contrato que fue declarado nulo y que fue suscrito de buena fe por mi representada..”

5.3. ALEGATOS DEMANDANTE

“Se observa en la sentencia apelada que el Juez de Primera Instancia, declaró la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional hecho por el actor DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y que las demandadas presentaron apelación.

COLPENSIONES se opuso a la sentencia, argumentando que no tuvo injerencia en el traslado de régimen pensional hecho por el actor, por lo que no puede ser condenado a recibirlo como afiliado. Al respecto, este argumento no desmorona el derecho invocado el actor, dado que, es consecuencia de la ineficacia del acto, el que los sujetos vuelvan a la situación anterior, es decir, al RPM a cargo hoy de COLPENSIONES. Esta disertación de la entidad demandada, fue desechada por la Corte (Vid. Sentencia SL3901-2020). Además, así como no necesitaron las partes que intervinieron en la afiliación o traslado de la voluntad de COLPENSIONES, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dicho acto, tenga que mediar la voluntad o consentimiento de esa entidad

En cuanto a que la parte demandante no tiene derecho a trasladarse al RPM, porque le falta menos de 10 años para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez, se destaca que, ello concierne a la prohibición prevista en el Art. 13 de la Ley 100/93, modificado por el 2 de la Ley 797/2003; sin embargo, esta prohibición no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio del consentimiento, sino en el evento en que se pretenda devolver o cambiar de régimen voluntariamente, sin la referida nulidad.

En lo que concierne a la excepción de prescripción propuesta, solo basta con indicar que, conforme a la jurisprudencia dictada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible. (Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019.)

Ahora bien, cabe señalar que, existen multitudes de sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que, consideran que tal y como lo ha venido reiterando la Corte Suprema de Justicia en estos casos, ciertamente la carga de la prueba recae en cabeza de la

parte demandada, en este caso las Administradoras de Pensión de Fondos Privados, por lo que, les correspondían a estas la carga de desvirtuar lo narrado por mi representado. De las pruebas se exhiben los formularios de vinculación suscritos por el demandante afiliado, documentos con los cuales no se satisface ese deber que le incumbía a las demandadas, de brindarle al afiliado toda la información, asesoría y acompañamiento necesario, durante todas las etapas que conlleva dicho proceso, incluso la asesoría, obligación que, dada la naturaleza jurídica de las Administradoras de Fondos de Pensiones, resulta ineludible para la eficaz consumación de un traslado de régimen pensional”.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

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

6.3. Nulidad y/o ineficacia de la afiliación del régimen pensional.

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

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

M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, que *“En la de reparto, se proyecta la financiación a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones, que ingresan en un determinado periodo y que se distribuyen entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema y es lo que en Colombia se regula, en el caso de las pensiones, a través del **régimen de prima media con prestación definida**, De otro lado, la capitalización, se ampara en el mecanismo del ahorro, de manera que las cotizaciones de los afiliados permiten construir una reserva propia, que además se incrementa por razón de los intereses que recibe cada asegurado, y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para realizar la provisión de la pensión; en nuestro sistema jurídico presenta variados matices, dada la extensión de la referida solidaridad, que aunque limitada, se concreta en la garantía de pensión mínima y en los aportes al fondo de solidaridad social, figuras ambas del **régimen de ahorro individual**.”* 1

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el sub examine del material probatorio allegado al proceso se evidencia que, en la historia de vinculaciones generada por la AFP PROTECCION, se indica que el señor ELDER BALMIRO OTERO RAMOS efectivamente realizó un traslado de régimen pensional del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN, el 10 de octubre de 1994 con efectividad a partir del 1° de noviembre de 1994.

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

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

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

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

(...)

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.

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

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

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

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

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 AFP PROTECCION a la AFP COLFONDOS- que realizó el 8 de abril de 2002, con efectividad a partir del mes de junio 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 COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual del actor en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si lo hubiere, ello por cuanto dispone la Ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que ella prevé. Asimismo, ordenar a PROTECCION devolver a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido durante el tiempo que estuvo afiliado el señor ELDER BALMIRO OTERO RAMOS a esta AFP.

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

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

En ese sentido, reiteró la Corte en sentencia CSJ SL4806-2020, que habrá ineficacia de la afiliación: De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la

afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

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

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

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

[...] como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

Así mismo, acertó el fallador de primera instancia al ordenar a COLPENSIONES recibir al actor como afiliado a dicho régimen (prima media con prestación definida), por cuanto, así como no se requirió que esa administradora interviniera en la decisión de traslado, tampoco se requiere su autorización para la declaratoria de nulidad y 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 sentencia SL 2877-2020 se precisó:

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

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

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

6.4. COSTAS.

Frente a la inconformidad de las partes demandadas COLPENSIONES y PROTECCION en cuanto a la condena en costas impuestas en primera instancia, es imperioso indicar que el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P. prevé tal condena a la parte vencida en el proceso, por lo que estas procedían a cargo de la citadas entidades, aún más si tomamos en consideración que COLPENSIONES y PROTECCION se opusieron a las pretensiones, cuyo resultado fue desfavorable, y como quiera que el recurso de alzada igualmente le fue adverso, es fundamento para imponer condena en costas de esta instancia a cargo de ellas.

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

VII. DECISIÓN.

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

RESUELVE

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

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

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería

Sala Quinta Civil Familia Laboral

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado ponente

Folio 474-21
Radicación n.º 23-001-31-05-004-2020-00127-01
(Discutido y aprobado de forma virtual)

Montería, veintisiete (27) de julio de dos mil veintidós (2022)

Decide la Sala Quinta de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería-Córdoba, integrada por los magistrados Cruz Antonio Yánez Arrieta, quien preside, Pablo José Álvarez Caez y Marco Tulio Borja Paradas, procede a desatar el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones y el recurso de apelación de la sentencia de fecha noviembre 30 de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **EDGAR DEL CRISTO MARZOLA SOTO**, a través de apoderado, contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, radicado bajo el número 23-001-31-05-004-2020-00127-01 Folio 474; por ello en uso de sus facultades legales y atendiendo a lo normado en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. Antecedentes

1. El señor EDGAR DEL CRISTO MARZOLA SOTO, a través de apoderado judicial demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, con la finalidad de que dicha entidad, a la luz del artículo 37 de la ley 100 de 1993, le reconozca y pague la Indemnización Sustitutiva de Pensión de Vejez, debidamente indexada; además de pagar los intereses moratorios conforme el artículo 141 de la misma ley, y las costas y agencias en derecho.

2. Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- El actor nació el 06 de agosto de 1956, según consta en copia de su cédula de ciudadanía, por lo que al día de hoy cuenta con más de 64 años de edad.

- Fue nombrado docente por Decreto Departamental N. 000406 de fecha 04 de abril de 1975, y posesionado en el cargo docente el día 23 de mayo de 1975, labor que se mantiene hasta el día de hoy.

- Afirma que por haber cumplido 20 años como docente al servicio de la educación del orden municipal y 55 años de edad, solicitó el día 30 de agosto de 2011 a la Secretaría de Educación Municipal de Montería - Córdoba el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación; solicitud a la que le fue asignado el radicado N° 2011-PENS-012937.

- Relata que la Secretaría de Educación Municipal de Montería-Córdoba, mediante la Resolución N 0123 del 20 de enero de 2012 le reconoció la pensión de jubilación; teniendo en cuenta única y exclusivamente los tiempos laborados como docente al servicio de la educación en el sector oficial.

- Señala que, según certificación expedido por la Caja de Compensación de Córdoba- COMFACOR, fue docente en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA COMFACOR por 11 años y 08 meses de tiempos de servicios, de los cuales se efectuaron aportes a pensión en el extinto Instituto de Seguro Social I.S.S., hoy COLPENSIONES y

reconocidos por esta última en la Resolución N°. DPE 8477 de fecha 05 de julio de 2020, entre otras.

- Asegura que, según consta en reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES, además de los tiempos relacionados tiene un total de tiempo cotizado de 02 años, 08 meses y 12 días; que, sumados los tiempos de cotización a pensión, éstos arrojan un total de 14 años, 06 meses y 12 días.

- Aduce que, por haber cumplido con los requisitos de ley y por ser la Indemnización Sustitutiva de la Pensión de vejez compatible con la pensión de jubilación, solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la prestación en comento, la cual le fue negada a través de la Resolución N. SUB90666 de fecha 13 de abril de 2020, porque según la entidad, el aquí accionante ya cuenta con una prestación reconocida por otra entidad.

- En consecuencia, estando dentro del término, interpuso recurso de apelación contra la Resolución N°. SUB 90666 de fecha 13 de abril de 2020; por lo que, COLPENSIONES a través de la Resolución N°. DEP 8477 de calenda 05 de junio de 2020 desata el recurso de apelación confirmando en todas y cada una de sus partes la Resolución N°. SUB 90666 de fecha 13 de abril de 2020.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma a COLPENSIONES, el Doctor JUAN DIEGO FIGUEROA VELEZ, en su condición de apoderado sustituto, dio contestación a la demanda dentro del término legal y se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por considerar que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes, toda vez que el demandante percibe una pensión proveniente y financiada del Tesoro Público, lo cual, de conformidad con el artículo 128 de la Constitución Nacional, y las reglas establecidas en el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, impide que se efectúe reconocimiento de una nueva prestación económica, como lo sería una indemnización sustitutiva de vejez. Propuso como

excepciones de fondo las siguientes: *“inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción”*.

II. Fallo consultado y apelado.

Mediante sentencia de fecha 30 de noviembre de 2021, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, resolvió condenar a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al demandante EDGAR DEL CRISTO MARZOLA SOTO, por la suma de \$22´284.228,00 como indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por Colpensiones; por último, condenó en costas a la demandada, fijando como agencia en derecho la suma de \$ 908.526,00.

Como fundamento de su decisión, señala que la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, reiteradamente ha establecido que existe una compatibilidad de la pensión de vejez de un empleado público, frente a la pensión de gracia y a los tiempos que como docente ha podido laborar en el sector privado, ya que, son dos prestaciones con dos orígenes diferentes, así como sus fuentes lo son; mientras que la pensión de jubilación fue por el tiempo laborado en el sector oficial, la pensión que se está solicitando, es por el tiempo en que el demandante laboró en el sector privado, además de que los fondos de COLPENSIONES no son públicos sino fiscales con una destinación pública que es el pago de pensiones; por ello, ese tiempo debe ser tenido en cuenta para reconocer la indemnización o pensión dado el caso. Una vez concluyó esa parte, determinó que el demandante cumplía con los requisitos exigidos en el artículo 37 de la ley 100 de 1993, para acceder a la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, y tuvo en cuenta el decreto 1730 de 2001, más específicamente su artículo 2, para determinar el monto de la indemnización sustitutiva, teniendo en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las

anteriores a la ley 100 de 1993; mientras en su artículo 3, establece una fórmula matemática o aritmética para determinar dicho valor. Por último, manifiesta que los intereses señalados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, sólo están presentes o vigentes para los casos en que haya mora en el pago de la mesada, no en esta prestación que es una indemnización sustitutiva, además de que no se pueden reconocer ambos al ser incompatibles, tal como lo ha dicho la Corte en sentencia SL 177 de 27 de enero de 2021 RAD 54677.

III. Recurso de apelación.

El vocero judicial de la parte demandada (Colpensiones) interpuso recurso de apelación, solicitando el estudio del Decreto 1730 de 2001 en su artículo 6º, en cuanto a la incompatibilidad en donde se establece que salvo lo previsto en el artículo 5º del Decreto 1295 de 1994, las indemnizaciones sustitutivas de vejez e invalidez son incompatibles con las pensiones de vejez e invalidez; así, estas cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no pueden ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto. Igualmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política, en cuanto nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de entidades que tengan parte mayoritaria del estado, como lo son, Colpensiones y FOMAC.

Asimismo, conforme lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 4ta de 1992 en donde se reiteran las citadas disposiciones, en el sentido de que nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público. Por otro lado, la Circular 01 de 2012 estableció los casos para los cuales se aplicaría la compatibilidad entre las pensiones del Magisterio y las indemnizaciones del sistema general de pensiones, en esas disposiciones no encaja el caso concreto del demandante, motivo por el cual, considera se debe revocar la sentencia.

III. Traslado para alegar en esta instancia

Mediante auto adiado enero 24 de 2022, se corrió traslado a las partes para alegar por escrito, con intervención de la parte demandante y demandada, Colpensiones.

IV. Consideraciones de la Sala

1. *Grado jurisdiccional de consulta*

Previo a iniciar el estudio que nos convoca, se hace necesario aclarar que, corresponderá a esta Sala desatar el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia, por haber sido ésta adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, por ende, están en juego dineros de la Nación.

2. *Problema Jurídico*

Corresponde a la Sala determinar si la pensión de jubilación, reconocida al demandante por la Secretaría de Educación de Montería, como docente al servicio de la educación en el sector oficial, es incompatible con la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, por parte de COLPENSIONES, con base en las semanas cotizadas ante dicha entidad. Asimismo, se estudiará si cumple con los supuestos indicados en el artículo 37 de la ley 100 de 1993.

3. *De la compatibilidad de la pensión de jubilación y la pensión de vejez.*

Expuesto lo precedente, entraremos a estudiar el primer problema jurídico propuesto, para ello inicialmente se extrae que el demandante está devengando pensión de jubilación y gracia, que le fue reconocida por el tiempo laborado como docente en el departamento de Córdoba, entre el 01 de febrero de 1982 hasta el 30 noviembre de 1995.

En ese orden, mediante Resolución N°. SUB 90666 de fecha 13 de abril de 2020 Colpensiones negó el derecho pensional invocado por la parte actora, aduciendo la incompatibilidad pensional entre la pensión otorgada por el Magisterio y la pensión e indemnización del sistema general de pensión, lo cual confirmó por medio de nueva Resolución N°. DEP 8477 de calenda 05 de junio de 2020, en donde desata el recurso de apelación confirmando en todas y cada una de sus partes; empero, no comparte esta Sala lo planteado por la Administradora de Pensiones en las citadas resoluciones y en lo esbozado por su vocero judicial en los argumentos que sirvieron de soporte a la alzada, dado que, de antaño la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha expresado que nada impide que el afiliado a Colpensiones pueda acceder a la indemnización sustitutiva de pensión de vejez aun cuando devengue pensión de jubilación oficial, pues, las razones que justifican su origen y causa son diferentes, además, provienen de rubros distintos, de ahí que, no es factible que las administradoras de pensiones nieguen, bajo ese argumento, el reconocimiento de una pensión debidamente constituida. Así lo resaltó la Corte en la sentencia SL 451 – 2013, radicación No. 41001 del diecisiete (17) de julio de dos mil trece (2013), en donde sobre el tema expuso:

“En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional.

En sentencias como la del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, la Sala ha dicho que no existen razones jurídicamente válidas para concluir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente, resulta incompatible con la pensión de vejez que puede obtener el Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada. Ha dicho la Sala:

“A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “(...) que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los

regímenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes"; precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

Además, los reglamentos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, sino que, más bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral, como sucedió en el evento bajo examen, en el que los colegios "Salesiano San Medardo", desde febrero de 1969 hasta junio de 1972, y "La Presentación" desde febrero de 1977 hasta noviembre de 2004, honraron la obligación de realizar los aportes para pensión.

Y es que lo que se discutió en esta contención no fue el derecho del accionante a obtener la pensión de vejez, sino la falta de inclusión de un número importante de cotizaciones por parte del ISS, efectuadas por los empleadores dentro del lapso comprendido entre febrero de 1969 y noviembre de 1979, tal cual lo sostuvo en la demanda inicial, y lo reclamó previamente ante el demandado. En ese orden, si el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión de jubilación por los servicios prestados entre el 1º de enero de 1969 y el 28 de marzo de 2000, resulta inexplicable que el Instituto haya calculado el monto de la pensión de vejez con base en las cotizaciones efectuadas entre septiembre de 1991 y junio de 2004, que comprende un importante período tomado en cuenta por aquél Fondo para concederle la prestación jubilatoria, y no haya incluido los aportes que reclama el demandante.

Sobre el problema jurídico debatido, el criterio de la Sala se ha orientado en sentido contrario al estimado por el ad quem, por ejemplo en la sentencia 28164, de 19 de junio de 2008, en la que se expuso:

"Las alegaciones expuestas por la Institución demandada (al contestar la demanda) para oponerse al derecho pensional solicitado no son admisibles.

La circunstancia de que la demandante se encontrara afiliada por cuenta de un Colegio oficial al sistema a cargo de la Caja Nacional de Previsión no exoneraba a la institución demandada de la obligación de afiliarla a la seguridad social, pues esa obligación es de carácter general y no estaba contemplada como excepción en el Acuerdo 049 de 1990 ni en las normas que la antecedieron. La regla allí consignada se limita a prescribir que los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje son afiliados forzosos. No consagra ese Acuerdo la incompatibilidad de que habla la institución demandada. En el mismo sentido, las normas citadas en su defensa por la demandada en la inspección judicial, artículo 134 del Decreto Ley 1650 de 1977 y el 57 del Decreto 3063 de 1989 no consagran esa excepción. (Folio 202).

Importa anotar que el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, establece sobre el particular la posibilidad de acumulación de cotizaciones de los docentes que deban ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, que además reciban remuneraciones del sector privado, para que sean administrados en ese fondo o en cualquiera de las administradoras de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993, lo que corrobora la obligación de la demandada de efectuar cotizaciones a ese sistema por razón de la vinculación laboral de la actora.

La alegación de que la profesora demandante solicitó que no se le efectuaran cotizaciones para el régimen de seguridad social no es admisible, pues los derechos que surgen de la seguridad social, al igual que los laborales, son irrenunciables. Y la alegación consistente en que el establecimiento educativo no tiene carácter de empresa tampoco es atendible, como que “empresa”, según se hallaba definida por el Código Sustantivo del Trabajo para la época de los hechos, es toda unidad de explotación económica, condición que sin duda reúne la entidad demandada al ejercer una actividad educativa con fines de lucro”.

El debate sobre el carácter de los dineros con que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES paga las prestaciones que concede, hace rato fue superado en el sentido de colegir que no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores, distinción que tampoco hizo el juez de la alzada, en desmedro de la posibilidad de acierto de la providencia gravada. Basta aludir al fallo de casación No. 24062, de 14 de febrero de 2005, en el cual se adoctrinó:

“Pero sucede, que tratándose de las pensiones que administra para su pago el Instituto de Seguros Sociales, ya sea el afiliado un trabajador particular o uno oficial que se someta al régimen solidario de prima media con prestación definida, no es factible colegir, de la misma manera, que se sufragan con dineros del tesoro, por las siguientes razones:

“- El fondo económico de donde se cancelan las pensiones de vejez, invalidez o de sobrevivientes no resulta ser de propiedad del Instituto de Seguros Sociales, por ser este Instituto un mero administrador, lo que significa que en virtud de la naturaleza jurídica del ISS, no es dable estimar a dicho fondo común como bien del tesoro haciendo parte de la prohibición del canon 128 de la Carta Política.

“- En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador.

“En este orden, la pensión legal concedida por el ISS a uno de sus asegurados, como consecuencia de las cotizaciones o aportes que efectuó el Estado o los particulares, no tiene el carácter de pública”.

En idéntica dirección pueden verse las sentencias del 12 de agosto de 2009, Rad. 35374 y 3 de mayo de 2011, Rad. 39810.

Como conclusión, no existía incompatibilidad alguna entre la pensión de jubilación oficial reconocida a la demandante y la pensión de vejez derivada del sistema de seguridad social, por lo que, tampoco existía alguna objeción para que, por esta razón, se dejara de incluir el bono pensional causado por aportes al Instituto de Seguros Sociales, dentro de la devolución de saldos”

Así las cosas, en el caso en estudio, es claro que el demandante devenga una pensión de jubilación reconocida por la Secretaría de Educación de Montería, en representación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la cual proviene de un rubro totalmente distinto a aquella que se devenga en virtud de los aportes efectuados a Colpensiones, por ende, es factible que una vez suplidos los requisitos, pueda acceder al derecho pensional del sistema general de pensiones administrado por Colpensiones.

4. Del cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993 consagró la indemnización sustitutiva de la pensión, como una prestación a la que tiene derecho una persona afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando se presenta una situación que impide consolidar el derecho a la pensión, el artículo es del siguiente tenor:

“Artículo 37.- Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”.

De lo anterior se colige que, la indemnización sustitutiva está dirigida a compensar o restituir el capital aportado en los términos dispuestos por la ley, o recuperar los aportes efectuados durante el período laboral, ante la imposibilidad de obtener la pensión.

La disposición transcrita fue reglamentada a través del Decreto 1730 de 2001, modificado por el Decreto 4640 de 2005 en los siguientes términos:

"Artículo 1º. Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones:

a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;

b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;

c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;

d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-ley 1295 de 1994".

De acuerdo con las disposiciones anteriores y el precedente transcrito, la indemnización sustitutiva procede cuando el cotizante ha cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, sin alcanzar el mínimo de semanas exigidas para acceder a la prestación de vejez, y manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando, toda vez que dicha indemnización tiene como finalidad otorgar protección a las personas que no hayan cumplido con los requisitos establecidos por la ley, para adquirir el estatus de pensionado, a fin de que puedan acceder a la devolución de dineros aportados al sistema. En consecuencia, y teniendo en cuenta el acervo probatorio allegado al proceso, como la cédula de ciudadanía del accionante, se puede señalar que nació el día 06 de agosto de 1956, por lo que actualmente cuenta con 65 años de edad, y tiene 740 semanas cotizadas; lo que indica, que cumple con los requisitos anteriormente expuestos.

5. Conclusión.

Así las cosas, en el plenario se encuentra acreditado que el señor EDGAR DEL CRISTO MARZOLA SOTO tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por ser compatible con la pensión reconocida por la Alcaldía de Montería – Secretaría de Educación Municipal, a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, de ahí que, sea pertinente confirmar la sentencia consultada y apelada, por las razones expuestas en la parte motiva.

Costas en esta instancia a cargo de la demanda y en favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso y haber réplica del mismo. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente (\$1.000.000, oo) de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

En mérito de lo expuesto, **el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de fecha noviembre 30 de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **EDGAR DEL CRISTO MARZOLA SOTO**, a través de apoderado judicial, contra **COLPENSIONES**.

SEGUNDO. COSTAS en esta instancia a cargo de la demanda y en favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente (\$1.000.000, oo)

TERCERO. Oportunamente regrese el expediente a su oficina de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería

Sala Quinta Civil Familia Laboral

CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado ponente

Folio 477-21
Radicación n.º 23 001 31 05 004 2019 00428 01
(Discutido y aprobado de forma virtual)

Montería, veintisiete (27) de julio de dos mil veintidós (2022)

Decide la Sala Quinta de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería-Córdoba, integrada por los magistrados Cruz Antonio Yáñez Arrieta, quien preside, Pablo José Álvarez Caez y Marco Tulio Borja Paradas, procede a desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 03 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería-Córdoba, dentro del proceso Ordinario Laboral, radicado bajo el **No. 23-001-31-05-004-2019-00428-01** Folio 477 promovido por **JOSÉ LUÍS JARAVA DE LA OSSA** contra **COLPENSIONES**; por ello en uso de sus facultades legales y atendiendo a lo normado en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. Antecedentes

1. El señor **JOSÉ LUÍS JARAVA DE LA OSSA** por medio de apoderado judicial presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES**. Mediante proveído adiado 13 de enero de 2020, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería Córdoba resolvió avocar el conocimiento del

presente proceso, mediante el cual **JOSÉ LUÍS JARAVA DE LA OSSA**, pretende que le sea otorgada la pensión especial anticipada de vejez, en razón a que de acuerdo al dictamen de pérdida de capacidad laboral N° **3344817** emitido por Colpensiones, presenta un porcentaje de invalidez del 57.58%.

2. Afirma el accionante, que, a su criterio, cumple con todos los requisitos establecidos para la obtención de la pensión anticipada de vejez, que corresponden a 1.100 semanas de cotización, 60 años de edad y una pérdida de capacidad laboral de 57.58%. Finalmente sostiene que es una persona de escasos recursos, que no puede trabajar debido a su invalidez. Continuamente mediante resolución **SUB. 200671, COLPENSIONES** decidió negar la pensión anticipada de vejez, vulnerando de acuerdo al demandante el derecho a percibir la prestación solicitada, aduciendo que el accionante no cumplía con los requisitos establecidos en el parágrafo 4° del artículo 33 de la ley 100 de 1993, decisión que posteriormente fue confirmada mediante resolución **SUB 245483**.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la **Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES**, mediante apoderado judicial, procedió a contestar dicha demanda, indicando que el señor **JOSÉ LUÍS JARAVA DE LA OSSA** no tiene derecho a la pensión especial anticipada de vejez, pues cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 57.58%, de los cuales, en el criterio de **deficiencia**, le fue asignado un porcentaje del 23.78%, siendo este inferior al 25% que exige el artículo 33 parágrafo 4 de la ley 100 de 1993 de conformidad con la jurisprudencia constitucional.

Así mismo propuso el apoderado judicial de **COLPENSIONES**, las excepciones de prescripción, buena fe, e inexistencia de las obligaciones reclamadas, esta última sustentada en las claridades que hizo la sentencia **T – 007 de 2009**, en análisis de la pensión especial anticipada de vejez en cuanto al componente de deficiencia, como criterio para la calificación integral de invalidez, por tanto al no cumplir con la condición exigida por el artículo 33 del parágrafo 4 de la ley 100 de 1993; **no es procedente** el reconocimiento de la prestación solicitada.

II. Fallo apelado

Mediante sentencia de fecha diciembre 3 de 2021, el A-quo resolvió **absolver** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, de las peticiones incoadas por el demandante, y **DECLARAR PROBADA** la excepción de mérito denominada; **inexistencia de las obligaciones reclamadas**, formulada por la por la demandada **COLPENSIONES**, decisión sustentada en que, el demandante no tiene derecho a la pensión anticipada de vejez, por no cumplir con el criterio de deficiencia establecido en el parágrafo 4 del artículo 33 de la ley 100 de 1993, y que al ser ésta una pensión especial, tiene una regulación diferente. En ella, no se exige que haya una calificación de invalidez o pérdida de capacidad laboral del 50%, si no, se exige el cumplimiento de que específicamente en el porcentaje del ítem de **DEFICIENCIA**, sea igual o superior al 25%.

Aduce el juzgador, que en la sentencia T-007 de 2009, indicó la Corte Constitucional, que el parágrafo 4 del artículo 33 de la ley 100 de 1993, no debe aplicarse literalmente, en lo que respecta a exigir un porcentaje del 50% de deficiencia, si no, que se debe exigir el porcentaje establecido en la sentencia en mención, luego de la Corte ponderar dichos criterios y reducirlos a la mitad, es decir pasó de exigirse un 50% a un 25% de deficiencia, esto en razón a que estimó la misma, que al exigir la norma un 50% o más de discapacidad, es imposible cumplir tal condición puesto que dicho porcentaje es el límite legal permitido.

En otro punto y relacionado a este mismo asunto, el A-quo realizó una diferenciación entre los requisitos que requiere la pensión de vejez, la pensión de invalidez y la pensión especial anticipada de vejez, esto para decir que el accionante al solicitar la pensión anticipada de vejez, debía cumplir con 55 años de edad, 1.000 semanas cotizadas y un 25% de deficiencia física, psíquica o sensorial, en efecto el accionante cumple con 1.100 semanas cotizadas, 60 años de edad, y de acuerdo al dictamen se evidencia una pérdida de capacidad laboral del 57.58%, pero en el criterio

de **DEFICIENCIA** que exige esta pensión, **solo posee el 23.78%**, por lo que no se cumple este requisito.

III. Recurso de apelación

Dentro del término legal, el apoderado judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia de fecha 03 de diciembre de 2021, mediante la cual se absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones del demandante y se declaró probada la excepción de mérito de inexistencia de las obligaciones reclamadas.

Manifiesta que la decisión inobservó que los únicos requisitos para obtener dicha pensión, deben ser los del parágrafo 4 del artículo 33 de la ley 100 de 1993. Indica que, la sentencia T-326 de 2015 ha reiterado que los requisitos que se deben exigir al solicitante para el reconocimiento de pensión de vejez, son; padecer discapacidad igual o superior al 50%, 1.000 semanas de cotización y tener 55 años de edad. Finalmente considera que, en aplicación del principio de favorabilidad, se debe aplicar la norma o sentencia más favorable al demandante, por ello solicita que se tenga en cuenta dicho principio, en beneficio del actor, ateniendo a que es un sujeto de especial protección constitucional.

IV. Traslado para alegar en esta instancia

Mediante auto adiado enero 24 de 2022 se corrió traslado a las partes para alegar por escrito, con intervención de la parte demandada Colpensiones.

V. Consideraciones de la Sala

1. Del recurso de apelación.

La Sala, para resolver el recurso ordinario de apelación interpuesto por el recurrente, lo hará teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 66ª del C.P.T. y S.S., es decir, se limitará a resolver sobre los puntos de inconformidad de ésta, con respecto del auto proferido por el Juzgado

Cuarto Laboral del Circuito de Montería-Córdoba de fecha 03 de diciembre de 2021.

2. De la sentencia apelada

Escrutado el recurso de alzada, se muestra diáfano que el móvil del mismo, gira en torno a que el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería-Córdoba, decidió absolver a **COLPENSIONES** y declaró probada la excepción de mérito de inexistencia de la obligación reclamada, propuesta por **COLPENSIONES** en contra de las pretensiones de **JOSÉ LUÍS JARAVA DE LA OSSA**.

3. De la procedencia del recurso de apelación

Antes de desatar el núcleo de la controversia que suscita la decisión del A Quo, no está demás recalcar que nos encontramos ante una apelación de sentencia, conforme al artículo 66 del CPTSS, la misma se torna apelable.

4. Problema jurídico.

En este orden de ideas, el problema jurídico a resolver se centra en determinar, si erró o no el juez al declarar probada la excepción de mérito de inexistencia de la obligación reclamada y en consecuencia absolver a **COLPENSIONES** de las pretensiones incoadas por el accionante **JOSÉ LUÍS JARAVA DE LA OSSA**, por no poseer éste el porcentaje requerido del 25% de deficiencia, para ser beneficiario de la pensión especial anticipada de vejez reclamada.

5. Caso concreto

Con el objeto de resolver si le asiste razón al juzgador al proferir la sentencia de fecha 03 de diciembre de 2021, mediante la cual se absolvió a **COLPENSIONES** del reconocimiento de la pensión anticipada de vejez, por declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación reclamada, por razones fácticas y aclaratorias, es necesario traer a colación lo expuesto en la ley 100 de 1993, específicamente en el párrafo 4 del artículo 33,

por el cual se regulan los requisitos para obtener la pensión especial anticipada de vejez. Dicho párrafo dispone:

“PARÁGRAFO 4o. Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993”.

De la lectura del párrafo en cita, se concluye que, pueden obtener esta pensión, aquellas personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social. Tal como lo manifiesta el artículo referenciado, y trayéndolo al caso concreto, no hay confusión respecto a la edad exigida ni tampoco sobre las semanas cotizadas, pero sí la hay, respecto del requisito exigido de **“deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más”**, siendo ésta diferente al porcentaje de pérdida de capacidad laboral. Para entender esto, es preciso analizar, qué es la deficiencia física, síquica o sensorial y en qué se diferencia la misma, del porcentaje de pérdida de capacidad laboral por invalidez.

En ese orden de ideas, de acuerdo al artículo 2 del decreto 917 de 1999, se considera con invalidez la persona que, por cualquier causa, de cualquier origen, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral. Dicha invalidez se integra de tres criterios que permiten la calificación de la misma, siendo uno de esos criterios la **deficiencia física, síquica o sensorial**, que es definida en el artículo 7 del decreto 917 de 1999, como:

“Se entiende por deficiencia, toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano”.

El artículo 8 decreto 917 de 1999, estableció la distribución porcentual de los criterios para la calificación total de la invalidez, como se evidencia a continuación:

“ARTICULO 8. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE LOS CRITERIOS PARA LA CALIFICACIÓN TOTAL DE LA INVALIDEZ. Para realizar la calificación integral de la invalidez, se otorga un puntaje a cada uno de los criterios descritos en el artículo anterior, cuya sumatoria equivale al 100% del total de la pérdida de la capacidad laboral, dentro de los siguientes rangos máximos de puntaje:

CRITERIO	PORCENTAJE(%)
Deficiencia	50
Discapacidad	20
Minusvalía	30
Total	100

Teniendo en cuenta lo establecido anteriormente, se puede notar que la **deficiencia** que exige el **parágrafo 4 del artículo 33 de la ley 100** de 1993, para el reconocimiento de la pensión anticipada de vejez, es solo uno de los criterios que integran la calificación total de la invalidez, por tanto, y de las pruebas que obran en el expediente, se observa que, el accionante cumple con los 60 años de edad, 1.100 semanas de cotización, pero no cumple con el requisito de **deficiencia** de un 50%, porque si bien, presenta una pérdida de capacidad laboral del **57.58%**, en el criterio de **deficiencia** solo presenta un **23.78%**, porcentaje que no alcanza el **50%** que para ese criterio exige la ley, por ende, en un principio, no es procedente el reconocimiento de dicha pensión.

Ahora bien, en cuanto al porcentaje que establece el criterio de deficiencia para la obtención de la pensión especial anticipada de vejez, mediante sentencia **T 007 de 2009**, la Corte Constitucional estableció que, ese porcentaje del 50% exigido por el parágrafo 4 del artículo 33 de la ley 100 de 1993, contraviene el principio interpretativo del efecto útil de las normas, indicando lo siguiente:

“Esa, ciertamente, es una forma de interpretar los porcentajes atribuidos a la deficiencia, que contraviene el principio interpretativo del efecto útil de las normas.^[32] Ese precepto indica –como lo ha definido la Corte Interamericana de Derechos Humanos- “que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable”.^[33]

Por otra parte, semejante forma de interpretar los porcentajes, supondría que una norma de rango infralegal –como el Decreto- tiene la virtualidad de

privar de efectos a la Ley, y de subvertir la competencia preferente del legislador en la regulación de la seguridad social, que viene dispuesta por la Carta cuando dice que “[l]a seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley” (Subrayas añadidas al artículo 48, C.P.).

Así, los porcentajes atribuidos en el contexto del Decreto 917 de 1999 deben interpretarse en el sentido de que todos los términos de la Ley 100 de 1993, artículo 33, parágrafo 4°, produzcan efectos. Esto se logra si se postula que, cuando una deficiencia reciba el porcentaje máximo establecido en el Decreto, debe entenderse, para efectos de establecer si una persona tiene derecho a la pensión anticipada de vejez, que fue calificada con el 100%. En consecuencia, si en el contexto de la calificación de la invalidez, a la deficiencia de una persona se le asigna un porcentaje de 25 o más, quiere decirse con ello que reúne la condición exigida por el artículo 33, parágrafo 4° de la Ley 100 de 1993, de contar con una deficiencia igual o superior al 50%.”

Por tanto, de la lectura se infiere que no es exigido un 50% de deficiencia si no un 25%, pues de ser exigido un 50%, sería imposible que una persona cumpla dicho requisito, porque para ello tendría que tener un 100% de pérdida de capacidad laboral, impidiendo así que la norma produzca efectos y pueda ser aplicada. Teniendo en cuenta que posterior a la sentencia citada de la Corte Constitucional, el porcentaje que se exige en el criterio de deficiencia es del 25%, se evidencia que tampoco bajo este precepto es procedente el reconocimiento de pensión especial anticipada de vejez a favor del señor **JOSÉ LUÍS JARAVA DE LA OSSA**, por lo que, la deficiencia que presenta el mismo es de un **23.78%**, no alcanzando así el rango establecido por la Corte Constitucional.

Así las cosas, resultó acertada la decisión adoptada por el **Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería**, al declarar probada la inexistencia de las obligaciones reclamadas, ya que el señor **JOSÉ LUÍS JARAVA DE LA OSSA** no cumple con uno de los requisitos exigidos para el reconocimiento de dicha pensión por **COLPENSIONES**, por lo que, se confirmará en su integridad la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante y en favor de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente (\$1.000.000, oo) de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL,**

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia adiada 03 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería-Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, radicado bajo el **No. 23 001 31 05 004 2019 00428 01 Folio 477** promovido por **JOSÉ LUÍS JARAVA DE LA OSSA** contra **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante y en favor de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente (\$1.000.000, 00)

TERCERO: Una vez en firme esta decisión, remítase el expediente a su oficina de origen

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado

