

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



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORA ROJAS**

Radicado N°. 23-001-31-05-001-2021-00040-01 FOLIO 335-22

Montería, dieciocho (18) de julio de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia el 26 de agosto de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ALFREDO RAFAEL ANAYA NARVAEZ** contra **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES y CESANTÍAS –PORVENIR S.A, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS –PROTECCION S.A y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora ALFREDO RAFAEL ANAYA NARVAEZ, se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a COLPENSIONES recibir y administrar nuevamente los aportes a pensión del actor; se condene a PORVENIR S.A a trasladar los aportes, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración efectuados en el RAIS. Por último, invoca se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

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

- El actor estuvo afiliado en un primer momento al RPMPD desde el 11 de febrero de 1980 hasta el 31 de mayo de 1994 realizando sus cotizaciones en materia pensional. A partir del 01 de mayo de 1995 fue trasladado al RAIS administrado por PORVENIR S.A y realizando hasta la fecha sus cotizaciones.
- Que solicitó a PORVENIR S.A el valor actualizado del bono pensional a la fecha, el número de semanas cotizadas y el saldo que tenía en su cuenta de ahorro individual, siendo informado por el citado fondo el 10 de febrero de 2021 que tiene un bono pensional por valor de \$28.499.087; que en la cuenta de ahorro individual tiene un saldo por valor de \$232.013.140, lo que arroja un capital final \$260.512.227. Adicionalmente le informa que tiene cotizadas un total de 1.204 semanas
- El demandante nació el 11 de octubre de 1957 por lo que a la fecha de la presentación de la demanda contaba con 63 años de edad, se encontraba laborando y realizando sus cotizaciones a PORVENIR S.A.
- Realizada la proyección pensional del cálculo aritmético de cuál sería el valor de la pensión que recibiría si estuviera en el RPM administrado por Colpensiones, se tendría que su expectativa pensional sería mucho mayor a la que actualmente le proyecta Porvenir, debido a que en este último tendría derecho ni a una pensión de vejez de salario mínimo legal.
- Que al momento de afiliarse al fondo privado PORVENIR S.A éste último le pintó un panorama a futuro mucho mejor al que le podría ofrecer Colpensiones, dejándose llevar por una publicidad engañosa, esto es, los funcionarios encargados de dicha entidad no le suministraron una información oportuna, precisa, transparente y completa de las consecuencias de la afiliación a ese sistema; asegurándole que se podía pensionar a cualquier edad y con una mesada pensional superior a la que podía recibir en Colpensiones, ya que no le informaron cuál era el saldo real que debía tener en su cuenta de ahorro individual para obtener dicha pensión, induciéndolo así al error.
- Presentó ante Colpensiones el 12 de febrero de 2021 solicitud de traslado de régimen y ese mismo día la entidad lo negó, agotando así la reclamación administrativa.

2.3. Contestación y tramite

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 S.A., propuso las excepciones de *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica*; además propuso la excepción previa de *falta de litisconsorcio pasivo necesario*, solicitando se convoque al proceso a PROTECCION S.A.

2.3.2. COLPENSIONES propuso las excepciones de *inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, buena fe, inoperancia del principio de legalidad y el debido proceso, aplicación de la conmutación pensional y genérica*; además, propuso la excepción previa de *falta de legitimación en la causa por pasiva*.

2.3.3. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal; en la primera se vinculó al proceso a PROTECCION S.A y de declaró no probada la excepción previa propuesta por Colpensiones.

2.3.4. PROTECCION S.A., propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de la causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido 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 declarará 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 e innominada o genérica*.

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante, indicando que es necesario para efectos del traslado la suficiente información, pues se ha dispuesto que la afiliación debe estar rodeada de una voluntariedad, quitándole eficacia a aquellas que no se realicen de manera libre y voluntaria. Trae a colación lo dispuesto en el artículo 271 y 272 de la ley 100 de 1993 para fundamentar su argumento, pues indicó que en el *sub exánime* se encuentra determinado que existió un traslado del RPM al RAIS.

Ahora bien, respecto a la alegación efectuada por Colpensiones respecto a que el demandante no estuvo afiliado a la AFP, concluyó luego de valorar el certificado expedido por Asofondos y allegado por Porvenir que el actor si se encontró afiliado. Asimismo, que en el potencial caso de que hubiese estado en la Caja de Previsión Departamental, nada podría incidir a que

se considerara la exoneración a Colpensiones de recibir al actor, ello porque hoy día la AFP que administra el RPM se encuentra en cabeza de Colpensiones.

En este orden, pone de presente sentencias de la Corte Suprema de Justicia como la SL 1688 del 2019, SL3424 del 2019, SL4334 del 2021, STL8362 del 2022 en aras de sustentar jurisprudencialmente la tesis plantada por su Despacho.

Así las cosas, concluye que al declarar la ineficacia de traslado al RAIS, el demandante debe ser recibido como afiliado a Colpensiones, pues el hecho de que no haya estado afiliado a la misma o al ISS en su momento, no significa que no hubiese estado afiliado al RPM, de tal manera que le asiste la obligación a Colpensiones por ser la única entidad que administra los aportes dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. De igual forma, en aplicación a de los efectos de la ineficacia, indica debe la entidad Porvenir realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, prima de seguro y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la actora, debidamente actualizados e indexados con destino a las arcas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – Colpensiones. Sin embargo, resolvió absolver a PROTECCION S.A de devolver los gastos de administración y demás emolumentos, como quiera que quedó demostrado que, si bien se efectuó un traslado a esa administradora, el demandante no cotizó ni realizó pago de aportes.

En cuanto a las excepciones de COLPENSIONES, POREVNIR y PROTECCION, las declaró no probadas, excepto la de buena fe propuesta por Colpensiones. Finalmente, condena en costas a favor del demandante, a cargo de PORVENIR, PROTECCION y COLPENSIONES.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de PORVENIR S.A

Presenta inconformidad toda vez que la afiliación realizada a la AFP en el año 1998, adolece de ningún vicio, se encuentra saneado por el paso del tiempo y con la ratificación de los actos jurídicos realizados por la parte demandante, en ese sentido, después de 24 años de haberse trasladado el actor pretenda un traslado de régimen prohibido por la legislación vigentes por lo que no existe razón legal para ordenar traslado de los aportes deprecados.

Además, en este caso particular en lo que la parte demandante afirma se ha inducido de cierta manera el error al afiliado, sin embargo, indica se debe resaltar que entre el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media existen diferencias para poder acceder a las prestaciones como la pensión y de igual manera en la forma que se calcula.

Agrega que, la simple afirmación de falta de información no es conducente para probar los hechos que en la diligencia se refiere, indicando que el desconocimiento de la norma no puede ser usado como excusa y que el error sobre un punto de derecho no puede viciar el consentimiento, por lo tanto, la parte actora debe asumir las consecuencias del hecho que cometió.

En lo que refiere a la devolución de los rendimientos y cuotas de administración considera que las administradoras de fondo de pensiones y cesantías son entidades especializadas y legalmente autorizadas para administrar los ahorros de las pensiones de los trabajadores y gestionar el pago de las misma, tal como lo establece la ley. Dicho esto, la rentabilidad de este ahorro individual se genera gracias a la función de la administración en cabeza de la AFP, por lo que no hubiese sucedido si el actor se encuentra cotizando en el régimen de prima media de prestación definida, por esto, es necesario resaltar que la misma Superintendencia indicó en forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad u ineficacia de traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional, en consideración que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de la administración. Es que ordenar el traslado de estos gastos a COLPENSIONES se configura un enriquecimiento ilícito a favor de la parte demandada, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución.

Por último, en cuanto a la condena en costas, aduce que Porvenir cumplió con el deber que se encuentra en cabeza de ella, siendo el actor una persona capaz para determinar si le convenía o no de tomar la decisión de trasladarse de fondo. Por lo que se entiende que Porvenir actuó de buena fe y acorde al derecho, lo cual no hay lugar de condena en costas.

4.2. Apelación de COLPENSIONES

Arguye 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 intervienen, pues la administradora fue ajena a esa circunstancia ya que no brindo asesoría al demandante para que accediera a realizar el traslado entre regímenes.

Reitero lo argumentado en los alegatos de conclusión y en la contestación de la demanda sobre que el aquí demandante no estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones, por lo que no tendría injerencia en las decisiones que el actor hubiese tomado al cambiarse de régimen. Asimismo, aduce que el actor se encuentra en la prohibición legal de trasladarse pues estaría a menos de 10 años para obtener su estatus pensional.

Finalmente, con relación a la condena en costas, aduce que durante el trámite del proceso actuaron bajo el principio de la buena fe, ejerciendo en todo momento una defensa propia del proceso.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. ALEGATOS DE COLPENSIONES

Oportunamente, la administradora Colpensiones allega escrito manifestando su inconformidad con las consecuencias jurídicas de la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado que debe asumir, pues reitera que la afiliación del demandante se dio de manera libre y voluntaria y al ser un acuerdo de voluntades que solo involucra a las partes que en el intervinieron, indica que su apadrinada fue ajena a esa circunstancia, porque en ningún momento asesoro o brindo información al actor para que este accediera al cambio de administradora, pues este se constituye en un acto voluntario por parte del afiliado sin que el fondo al que se encuentre afiliado pueda oponerse a ello.

Asimismo, manifiesta que debe ser la administradora de pensiones receptora del RAIS la que soporte las consecuencias de la ineficacia del traslado y con ello, deba asumir el pago de las prestaciones que generen la declaratoria, pues Colpensiones no intervino en la suscripción del contrato de afiliación y/o traslado al fondo y no debería su representada asumir la responsabilidad de cumplir con lo pretendido por la parte demandante. Aduce que el trabajador, asalariado o independiente al momento de realzar su primera afiliación al sistema de pensiones debe elegir el régimen al cual quiere pertenecer, sin embargo, tiene la posibilidad de cambiarse o trasladarse de régimen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 100 de 1993. Y en el caso que ocupa el hoy demandante se encuentra a 10 años o menos para pensionarse por lo que estaría inmerso en la prohibición legal, ello porque cuenta con 64 años en consideración a que nació el 1 de febrero de 1964.

Trae a colación las sentencias C-1024 de 2004, C-625 de 2007 y C-596 de 2007 para fundamentar su tesis del quebrantamiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Finalmente, se opone a la condena en costas bajo el argumento de que su apadrinada durante el transcurso del proceso actuó sin temeridad y bajo el principio de la buena fe y dentro del plenario no se acreditan facturas, soportes de pago, viáticos que demuestren que existió un gasto asumido por la parte demandante, sustentando su argumento en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso.

5.2. ALEGATOS DEL DEMANDANTE

Oportunamente, a través de apoderado, allega escrito solicitando sea confirmada la sentencia de primera instancia, argumentando que al momento de su poderdante trasladarse del RPM al RAIS, le brindaron un panorama a futuro mucho mejor al que le podía ofrecer Colpensiones, dejándose llevar por una publicidad engañosa, pues los funcionarios de la administradora del fondo privado no le suministraron un información veraz, oportuna, precisa, transparente, completa y comprensible de las consecuencias del traslado, asegurándole a su defendido que podría pensionarse a cualquier edad y con una mesada superior a la que podría recibir en Colpensiones, no informándole el saldo que debía tener en su cuenta de ahorro individual para obtener el derecho pensional, induciéndolo así al error.

Manifiesta que la jurisprudencia ha decantado que en casos como el que ocupa, la carga de la prueba recae sobre el fondo de pensiones privado, para demostrar que sus funcionarios cuando ofrecieron al demandante la información requerida para que la elección se hiciera de forma espontánea, transparente y con plena conciencia de los derechos que se verían afectados, pues si lo que se genera con la afiliación es un perjuicio para el usuario, no se explica el motivo del cambio.

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 que hiciera el accionante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por omisión de una información completa, veraz, comprensible sobre las consecuencias negativas del mismo. *(ii)* De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado, determinar las consecuencias y efectos frente a los accionados. *(iii)* si el traslado invocado se encuentra afectado por prescripción.

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

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

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

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

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

Sobre el tema pertinente es traer a colación lo expuesto por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, cuando en sentencia SL 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 precisó en la sentencia SL-4803-2021:

“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:

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

Así las cosas, el entendimiento de la Corte respecto del tipo o clase de información con la cual se cumplía el mentado deber se acompaña 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.

(...)

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, a *folio 103 del pdf001ExpedientePrimeraInstancia*, se avizora el historial de vinculaciones emitido por ASOFONDOS que da cuenta que el demandante efectivamente realizó un traslado de régimen pensional, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por COLMENA hoy PROTECCION, con fecha de efectividad a partir de 01 de junio de 1994 hasta el 30 de junio de 1998. Posteriormente, realizó el traslado a la AFP PORVENIR con fecha de inicio de efectividad desde el 01 de julio de 1998. Asimismo, de la historia laboral del actor allegada por Porvenir¹ se evidencia que cotizó 169.5 semanas en entidades públicas.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP PORVENIR S.A demostrar que al momento del traslado del actor le ofreció toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS), por lo tanto, ha de concluirse que la AFP PORVENIR S.A no cumplió con su deber de dar información veraz y completa al demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que la información que se echa de menos no

¹ visible a *folio 160 del pdf001ExpedientePrimeraInstancia*

se subsana con la suscripción de formularios de afiliación, y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

De igual manera, se hace necesario indicar que del interrogatorio realizado al actor quedó evidenciado que si bien realizó una afiliación a la AFP PROTECCION S.A, este no realizó el pago de aportes a pensión por lo que resulta acertada la decisión tomadas por el *a-quo* de no imponer la carga a la administradora de devolver los gastos de administración de manera indexada.

Ahora bien, indica la parte demandante que inicialmente trabajó en la Gobernación de Córdoba y fue allí donde se acercaron los asesores de PROTECCIÓN en aras de obtener el cambio de AFP del accionante, situación que llevó a Colpensiones a esgrimir que el demandante nunca estuvo afiliado a esa administradora por lo que no había lugar a la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado, pues al trabajar con el ente territorial debía estar cotizando a la Caja de Previsión Departamental de Córdoba. No obstante, no comparte la Sala los argumentos esbozados siendo oportuno citar lo expuesto en la SL2696-2022, MP Dra. DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA, donde sobre el tema se anunció

“Y según el artículo 9° del Decreto 692 de 1994, son afiliados al sistema “c) Los servidores públicos incorporados al sistema general de pensiones”.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, los servidores públicos que se encontraban afiliados a una caja o fondo del sector público podían continuar en ellos mientras no se ordenara su liquidación, sin que fuera necesario diligenciamiento de formulario o comunicación donde constara su vinculación; y con arreglo al artículo 6° ibídem, son administradoras en el régimen de prima media con solidaridad, “el ISS y las demás cajas o entidades del sector público o privado que administran sistemas de pensiones, legalmente autorizadas, y mientras no se ordene su liquidación”.

De lo anterior se deriva, que si la demandante después del 30 de junio de 1995, continuó afiliada a la Caja Departamental de Seguridad Social del Chocó y vertió allí sus aportes hasta el 30 de junio de 1996, como aparece en la constancia suscrita por el Jefe de la Oficina de Talento Humano de la Gobernación del Departamento del Chocó (fl. 51 del cdno. 1), ha de entenderse que habiendo sido incorporada al sistema como se dejó señalado, seleccionó el régimen de prima media y por lo tanto los aportes hechos en ese lapso lo fueron válidamente a una caja que administra dicho régimen y no pueden ser desconocidos por el Instituto como lo pretende el impugnante (CSJ SL, 31 en. 2012, rad. 48031).

Con fundamento en lo expuesto se comprende que, en este caso, la vinculación de la accionante a la AFP Horizonte S. A. mediante formulario el 30 de noviembre de 1995 se trató de un traslado de régimen pensional.”

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

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 S.A trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual 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 nulidad y el retorno al régimen de prima media, que es efecto de aquella.

Proponen las accionadas 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 otras, en sentencia 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”.

6.4. COSTAS

Frente a la inconformidad de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR en cuanto a la condena en costas impuestas en primera instancia, es imperioso indicar que el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P. prevé tal condena a la parte vencida en el proceso, por lo que estas procedían a cargo de COLPENSIONES, PROTECCION Y PORVENIR, aún más si tomamos en consideración que se opusieron a las pretensiones y propusieron excepciones cuyo resultado les fue desfavorable, así como el recurso de alzada igualmente les fue adverso, lo cual es suficiente 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 un 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 COLPENSIONES, y PORVENIR, agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado