

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°. 23-001-31-05-002-2022-00219-01 FOLIO 122 – 23

Montería, veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., como el grado jurisdiccional de consulta de la primera, respecto de la sentencia proferida en audiencia el 10 de marzo de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **DANILSA DEL CARMEN VALDES GARCIA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** y la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora **DANILSA DEL CARMEN VALDES GARCIA**, 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 Protección S.A., y de igual manera, el realizado a Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Porvenir S.A a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, los aportes en pensión, sus rendimientos y gastos de administración recibidos en vigencia de la afiliación de la accionante, y, asimismo, se condene a Colpensiones a recibir los aportes sufragados al Régimen de Ahorro Individual Administrado por Porvenir S.A, debidamente indexados. Por último, se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

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

-Trabaja al servicio de la empresa de acueducto, alcantarillado, aseo y servicios de Lórica, con un salario de Dos Millones Quinientos Mil Pesos \$2'500.000., y desde que inició a laborar se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy Colpensiones.

-Manifiesta que el ISS hoy Colpensiones le autorizó un traslado al RAIS más específicamente a Protección S.A. y posteriormente a Porvenir S.A., refiriendo que estas últimas la indujeron en error, pues no se le suministraron información suficiente con respecto al monto pensional que debía ahorrar para disfrutar de su pensión, menos aún de las consecuencias negativas que acarrea el traslado de régimen pensional.

-Indica que, de conformidad con la cotización que realizó durante el tiempo de servicio en RAIS, hubiera superado considerablemente el mínimo de semanas requeridas para gozar de la tasa máxima de reemplazo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

-Que presentó solicitud de traslado ante Colpensiones el 17 de agosto de 2022, la cual fue desatada en forma negativa en la misma data, por lo que se procedió a interponer acción de tutela.

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 *falta de legitimación de la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones reclamadas, 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, buena fe, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, prescripción y genérica.*

2.3.2. PORVENIR S.A., propuso las excepciones de *prescripción, buena fe objetiva de porvenir S.A, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica, improcedencia de declarar ineficacia por no haber existido afiliación previa al RPMPD, exoneración a porvenir S.A., de ordenar devolver las cuotas de administración, prima del seguro previsional, porcentaje FGM, costas y agencias en derecho, autorizar a porvenir S.A., a descontar de los conceptos a devolver, las restituciones mutuas a que haya lugar, teniendo en cuenta la gestión adelantada para la causación de los rendimientos financieros y enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.*

2.3.3. PROTECCION S.A., propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de 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 y genérica.*

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante, 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, pues se puede soportar en las documentales adosadas al plenario, pese a que dicha voluntad fue libre, no estuvo informada, ni conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que se ha puesto de relieve la importancia del deber de información, esto es, la voluntad libre e informada al momento de efectuar el traslado de régimen, en ese sentido, a la parte demandada no le fue suministrada información suficiente a efectos de determinar cuáles eran las consecuencias que acarrearía en ese momento el cambio de régimen, y por lo tanto, no pudo adoptar o tomar una decisión libre e informada en torno a la conveniencia o inconveniencia de permanecer en el RPM o de trasladarse al RAIS como en efecto ocurrió.

Trae a colación lo dispuesto en la Sala de Casación Laboral de la Corte, la cual señala que en casos como este la carga de la prueba se invierte y recae en el fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó a la demandante la información acerca de lo conveniente o inconveniente de su afiliación o traslado, así se plasmó en una de las Sentencias hito sobre el tema que se analiza, retomada en la Sentencia SL 4803 de 2021, donde este tribunal adujo lo siguiente: *“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.”*

Añade más adelante la Corte en torno al punto en el artículo 1604 del Código Civil en donde 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.”* Así las cosas y ante todo lo expuesto, expresa que debe decirse en aplicación a las reglas probatorias sentadas en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte traídas a colación, que es un deber de las AFP explicar de manera detallada las consecuencias de la afiliación al régimen pensional, máxime cuando la diferencia que existe en materia pensional entre uno y otro régimen es notoria, acorde con lo anterior, sostiene que para el caso, la ineficacia del traslado por omisión de información no aplica la prohibición de que la demandante se encuentre a menos de 10 años para alcanzar el requisito de la edad para pensionarse.

El despacho considera que se debe tener en cuenta lo expuesto en la CSJSL 2208 de 2021 en donde señala que: *“La Ley 100 de 1993 pretendió unificar la administración del sistema y por ello dispuso que la cobertura progresiva de las contingencias de la seguridad social se administraría, por regla general, a través de dos regímenes pensionales, el de prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad, ahora, si bien el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 asignó al ISS la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida, asimismo, 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 aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley.”* Por lo tanto, las Cajas que existían anteriores a la Ley 100 eran y hacían parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Así las cosas, concluye que, al declarar la ineficacia de traslado al RAIS, la demandante debe ser recibida como afiliada a Colpensiones. De igual forma, en aplicación a los efectos de la ineficacia, indica que la entidad Porvenir debe realizar la devolución de los aportes que tiene la demandante para pensión en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración, descuentos que hubiere hecho por seguros previsionales y para el fondo de pensión de garantía mínima, debidamente indexados y con recursos del propio fondo. Igualmente, Protección S.A. deberá trasladar a Colpensiones los descuentos que hizo por gastos o cuotas de administración por seguros previsionales y para el fondo de pensión de garantía mínima, debidamente indexado.

En cuanto a las excepciones, indica que declarará no probadas las planteadas por las accionadas. Finalmente, condena en costas a favor del demandante, a cargo de Protección S.A., Porvenir S.A y Colpensiones.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES

Arguye que, la afiliación de la 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 brindó asesoría a la demandante para que accediera a realizar el traslado entre regímenes.

Si bien, señala que si aun con la Sentencia en primera instancia se establece que por parte de la AFP Porvenir no se brindó la información acerca de las características propias, es por ello que dicha administradora debe ser la que soporte las consecuencias de la ineficacia del traslado, y con ello deba asumir el pago de las prestaciones que genere tal declaratoria, toda vez que como ya se advirtió Colpensiones es un tercero ajeno que no intervino en el acto jurídico que se originó con la suscripción del contrato de afiliación o traslado al fondo privado y por ende no debe cargar con la responsabilidad de cumplir lo pretendido con el actor pese a que se le haga la devolución de los aportes que tenga en su cuenta de ahorro individual con sus respectivas indexaciones.

Reitera que a la demandante no le asiste derecho a solicitar el cambio de régimen por cuanto se encuentra inmersa en la restricción de edad y por cuanto el interés propio de este proceso no es otro que la disparidad en cifras, hecho que no constituye un vicio o una causal para declarar la ineficacia del contrato suscrito entre las partes que dio lugar al traslado de régimen. Aunado a lo anterior, se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera del sistema, al descapitalizar los recursos que se encuentran dispuestos para cancelar las mesadas pensionales futuras y su correspondiente ajuste periódico de las personas que con tanto esfuerzo han permanecido en el RPM.

Manifiesta que, en este caso, la responsabilidad de las AFP por la ineficacia de un traslado, no solo debe ir enmarcada a reparar el daño individualmente sometido a consideración de un Juez, sino que debe tener alcance frente a los daños indirectos que irradian o comprometen los derechos constitucionales de terceros en razón de la reserva patrimonial de los pensionados y afiliados del RPM, los cuales se ven comprometidos con el desmedro que sufre la reserva pensional y que si bien es cierto, la jurisprudencia ha indicado que al afiliado no le es atribuible y por ende no se le exige la equivalencia económica de los aportes que se devuelven de RAIS al RPM, no es menos cierto que tal reparo económico lo debe asumir quien ha causado el daño.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, aduce que durante el trámite del proceso actuaron bajo el principio de la buena fe, y sumado a ello, no se encuentra prueba alguna que evidencie la acreditación de las mismas, puesto que no se observan pagos, facturas, soporte de viáticos, entre otros, que demuestre que efectivamente hubo un gasto asumido por la parte.

4.2. Apelación de PORVENIR S.A.

La accionada Porvenir S.A interpone recurso de apelación, indicando que, con respecto a los rendimientos y gastos de administración, las AFP son las encargadas de administrar los ahorros para pensión de los trabajadores y gestionar el pago de las prestaciones y beneficios que la Ley establece. Por lo tanto, la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la administración eficiente a cargo de las AFP. Aunado a ello, trae a colación concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia con radicación número 20191522169-003-000 del 17 de enero del 2000, donde señala que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar serían los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguros previsionales en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura de la póliza. Asimismo, indica que, al condenar por concepto de gastos de administración a Porvenir S.A., nos encontraríamos frente a una incorrecta aplicación de la Ley, debido a que, de igual modo, la parte demandante tendría que restituir los frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual.

En cuanto a la condena en costas, refiere que Porvenir S.A. durante el trámite del proceso actuó bajo el principio de la buena fe, cumpliendo con el deber que se encuentra en cabeza de ella, por disposición normativa y jurisprudencial.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante y la accionada Porvenir S.A., no intervinieron en la oportunidad concedida en esta instancia a efectos de presentar sus alegatos de conclusión.

Por otra parte, las accionadas Colpensiones y Protección S.A., presentaron alegatos de conclusión dentro del término concedido por conducto de sus apoderados judiciales, reiterando lo esbozado en las contestaciones de la presente demanda, solicitando se revoque la sentencia de fecha 10 de marzo de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, se absuelvan de las pretensiones y se exoneren de la condena en costas.

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 por 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 asignado 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 especial relevancia 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 adoptar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse un real y efectivo 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, en sentencia SL 1006 del 28 de marzo de 2022, radicado 86505, MP, OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, en donde 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° 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 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, avizora la Sala que no se encuentra prueba que permita acreditar que los fondos accionados Protección S.A. y Porvenir S.A. cumplieron con el deber de dar una información veraz o eficaz a la demandante frente

a las ventajas, desventajas, características, forma en que se podía obtener la pensión, ni los requisitos que se exigen en RPM y en RAIS. Y solo frente a esa información podía realmente considerarse que la demandante tomó una decisión libre y voluntaria y no solo con la suscripción de un simple formulario, con ello, aun 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 todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a las AFP PROTECCION S.A. Y PORVENIR S.A., demostrar que al momento del traslado de la actora, le ofrecieron 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 las accionadas no cumplieron con su deber de dar información veraz y completa a la 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 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.

6.2.2. Con relación 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 PROTECCION S.A. Y 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 afiliado únicamente al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto debe ser recibido como afiliado a Colpensiones por ser quien administra el mismo.

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 las AFP PROTECCION S.A. Y 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.”

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 que 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.”

6.3. COSTAS

De la Condena en costas en primera instancia contra Colpensiones, Porvenir S.A., y Protección S.A.

Frente a este punto, el artículo 365 del C.G.P. es claro en señalar que la condena en costas se le impone a la parte vencida en el proceso, así lo ha explicado la H. Corte Suprema de Justicia en auto AL2924-2020, Radicación n.º70173, donde señaló que: *“De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir, en tanto la contraparte, al interponer el recurso de casación, lo compele a seguir atendiendo el proceso y a realizar nuevas erogaciones.*

(AL3132-2017, AL3612-2017 y AL5355-2017).” Por lo que la condena en costas impuesta contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., será confirmada.

Ahora bien, con respecto a esta instancia, sostiene la Sala que no hay lugar a condena en costas debido a que las mismas no se causaron de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P.

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 del 10 de marzo de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, atendiendo a lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

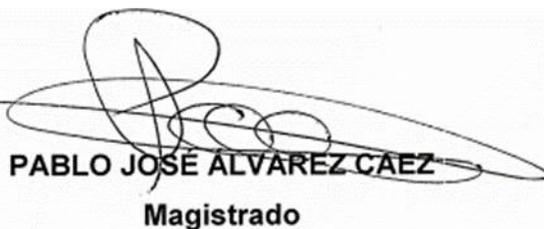
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS
Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ
Magistrado

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



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

Radicado N°. 23-001-31-05-005-2022-00199-01 FOLIO 124 – 23

Montería, veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, como su grado jurisdiccional de consulta, respecto de la sentencia proferida en audiencia el 13 de marzo de 2023 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **NUNZIA CINQUEGRANA LEMUS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora **NUNZIA CINQUEGRANA LEMUS**, se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Protección S.A a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todos los aportes y demás emolumentos inherentes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante y, asimismo, se condene a Colpensiones recibir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad. Por último, se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

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

-Nació el 19 de diciembre de 1965, e inició cotizando al Sistema General de Pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el mes de enero de 1990 a través

del ISS hoy Colpensiones, en donde permaneció hasta el mes de octubre de 1994, posterior a ello, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la sociedad Protección S.A., donde aún se encuentra afiliada.

-Manifiesta que, al momento de la vinculación ante el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, Protección S.A no le suministró información adecuada, suficiente y cierta para efectuar el traslado, menos aún acerca de las consecuencias positivas o negativas de dejar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y hacer efectivo su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni lo que tendría que ostentar en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de poder obtener una pensión de vejez digna.

-Indica que cuenta con un total de 1020.86 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones y un saldo en su cuenta de ahorro individual por valor de \$240.545.565.

-Refiere que radicó ante Colpensiones solicitud de afiliación y traslado de régimen pensional, la cual fue desatada en forma negativa el 16 de noviembre de 2021, por lo que se procedió a interponer acción de tutela.

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

2.3.2. En auto de fecha 31 de octubre de 2022, proferido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, se evidencia que la AFP PROTECCION S.A, radicó contestación el 27 de septiembre de 2022 a las 09:00 am, es decir, de forma extemporánea, teniendo en consideración que el extremo pasivo contaba con el término de diez (10) días para radicar contestación, que oscilaron entre el 13 al 26 de septiembre de 2022, por lo que se tuvo por NO contestada.

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

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, pues se puede soportar en las documentales adosadas al plenario, pese a que dicha voluntad fue libre, no estuvo informada, ni conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que se ha puesto de relieve la importancia del deber de información, esto es, la voluntad libre e informada al momento de efectuar el traslado de régimen, en ese sentido, a la parte demandada no le fue suministrada información suficiente a efectos de determinar cuáles eran las consecuencias que acarrearía en ese momento el cambio de régimen, y por lo tanto, no pudo adoptar o tomar una decisión libre e informada en torno a la conveniencia o inconveniencia de permanecer en el RPM o de trasladarse al RAIS como en efecto ocurrió.

Trae a colación lo dispuesto en la Sala de Casación Laboral de la Corte, la cual señala que en casos como este la carga de la prueba se invierte y recae en el fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó a la demandante la información acerca de lo conveniente o inconveniente de su afiliación o traslado, así se plasmó en una de las Sentencias hito sobre el tema que se analiza, retomada en la Sentencia SL 4803 de 2021.

En la citada sentencia, la Corte precisa: *“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.”* Así las cosas, expresa que es deber de las AFP explicar de manera detallada las consecuencias de la afiliación al régimen pensional, máxime cuando la diferencia que existe en materia pensional entre uno y otro régimen es notoria, acorde con lo anterior, sostiene que, para el caso, la ineficacia del traslado por omisión de información no aplica la prohibición de que la demandante se encuentre a menos de 10 años para alcanzar el requisito de la edad para pensionarse.

Concluye que, al declarar la ineficacia de traslado al RAIS, la demandante debe ser recibida como afiliada a Colpensiones. De igual forma, en aplicación a los efectos de la ineficacia, indica que la entidad Protección S.A debe realizar la devolución de todos los valores que hubiere recibido y que tenga con motivo de la afiliación de la señora Nunzia Cinquegrana Lemus, a Colpensiones, tales como cotizaciones, bonos pensionales, deducciones realizadas, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, aportes al fondo de pensión mínima, debidamente indexados, ello con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., porcentajes cobrados por concepto de comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes

destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexado.

En cuanto a las excepciones, indica que declarará no probadas las planteadas por Colpensiones. Finalmente, condena en costas a favor del demandante, a cargo de Protección S.A y Colpensiones.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES

Arguye que la afiliación de la 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 brindó asesoría a la demandante para que accediera a realizar el traslado entre regímenes.

Señala que 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 generan la declaratoria de nulidad, es decir, debería condenarse a la Administradora del Fondo de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a otorgar los derechos y beneficios al afiliado en la forma como le correspondería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Indica que a la demandante no le asiste derecho a solicitar el cambio de régimen por cuanto se encuentra inmersa en la prohibición de edad de que trata el Art 13 de la Ley 100 de 1993, asimismo, las Sentencias C 1024 de 2004, C 625 de 2007, C 789 de 2002, y C596 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.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, manifiesta que durante el trámite del proceso actuaron sin temeridad alguna y bajo el principio de la buena fe, teniendo en consideración que tanto el ISS como Colpensiones han sido absolutamente respetuosas en la autonomía de la voluntad privada, y, por lo tanto, han permitido que sus afiliados migren al RAIS sin haber generado implicaciones o influencias en las decisiones que se adoptaron para efectos del traslado.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante y la accionada Protección S.A., no intervinieron en la oportunidad concedida en esta instancia a efectos de presentar sus alegatos de conclusión.

Por su parte, Colpensiones presentó alegatos de conclusión dentro del término concedido por conducto de sus apoderados judiciales, reiterando lo esbozado en las contestaciones de la presente demanda, solicitando se revoque la sentencia de fecha 13 de marzo de 2023, emitido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, y se absuelva a Colpensiones de las pretensiones de la demanda.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico por 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**.”*

El sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha asignado 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 especial relevancia 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 adoptar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse un real y efectivo 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, en sentencia SL 1006 del 28 de marzo de 2022, radicado 86505, MP, OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, en donde 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° 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 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, avizora la Sala que no se encuentra prueba que permita acreditar que el fondo accionado Protección S.A. haya cumplido con el deber de dar una información veraz o eficaz a la demandante frente a las ventajas, desventajas, características, forma en que se podía obtener la pensión, ni los requisitos que se exigen en RPM y en RAIS. Y solo frente a esa información podía realmente considerarse que la demandante tomó una decisión libre y voluntaria y no solo con la suscripción de un simple formulario, con ello, aun 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 todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP PROTECCION S.A, demostrar que al momento del traslado de la actora, le ofrecieron 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 accionada no cumplió con su deber de dar información veraz y completa a la 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 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.

6.2.2. Con relación 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

PROTECCION S.A., cual es que nunca se dio el traslado y todo vuelve a su estado inicial, es indudable que la parte accionante debe tenerse como afiliada únicamente al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto debe ser recibido como afiliada a Colpensiones por ser quien administra el mismo.

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 PROTECCION 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.”

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 que 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.”

6.3. COSTAS

De la Condena en costas en primera instancia contra Colpensiones.

Frente a este punto, el artículo 365 del C.G.P. es claro en señalar que la condena en costas se le impone a la parte vencida en el proceso, así lo ha explicado la H. Corte Suprema de Justicia en auto AL2924-2020, Radicación n.º70173, donde señaló que: *“De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir, en tanto la contraparte, al interponer el recurso de casación, lo compele a seguir atendiendo el proceso y a realizar nuevas erogaciones. (AL3132-2017, AL3612-2017 y AL5355-2017).”* Por lo que la condena en costas impuesta contra COLPENSIONES será confirmada.

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

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 del 13 de marzo de 2023 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, atendiendo a lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado



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
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORA ROJAS**

Radicado N°. 23-001-31-05-003-2022-00034-01 FOLIO 158 – 23

Montería, veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., como el grado jurisdiccional de consulta de la primera, respecto de la sentencia proferida en audiencia el 24 de marzo de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **GABRIEL EDUARDO MENDEZ BAENA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora **GABRIEL EDUARDO MENDEZ BAENA**, se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Porvenir S.A a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, los saldos obrantes en la cuenta individual del demandante junto con sus rendimientos financieros, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado en el RAIS y, asimismo, se condene a Colpensiones recibir al demandante como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Por último, se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

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

-Nació el 16 de diciembre de 1960, y acredita afiliación al Régimen de Pensiones del ISS desde el 25 de noviembre de 1981 hasta el 31 de octubre del 2000.

-Manifiesta que el 01 de septiembre de 2009 se le afilia sin su consentimiento al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado en ese momento por Horizonte hoy Porvenir S.A., con fecha de diligenciamiento del 10 de septiembre de 2009 con formulario de solicitud de vinculación, sin que mediara para ello el conocimiento y consentimiento del afiliado.

-Indica que el 14 de agosto de 2013 la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones le certifica que se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, desde el 25 de noviembre de 1981 y su estado es Traslado.

-Refiere que el 21 de agosto de 2013 radicó memorial ante la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., expresando su inconformidad por el traslado efectuado sin su consentimiento y solicitando su anulación.

-Finaliza expresando que el 11 de febrero de 2021 presenta ante Colpensiones solicitud con radicado número 2021-1544410 en procura de obtener Traslado de Régimen, solicitud que no le fue aceptada conforme las motivaciones indicadas en comunicación 2021_1544410-26038961 del 11 de febrero de 2021.

2.3. Contestación y trámite

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

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

2.3.2. PORVENIR propuso las excepciones de *buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica.*

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

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, pues se puede soportar en las documentales adosadas al plenario, pese a que dicha voluntad fue libre, no estuvo informada, ni conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por lo tanto, no pudo adoptar o tomar una decisión libre e informada en torno a la conveniencia o inconveniencia de permanecer en el RPM o de trasladarse al RAIS como en efecto ocurrió.

Trae a colación lo dispuesto en la Sala de Casación Laboral de la Corte, la cual señala que en casos como este la carga de la prueba se invierte y recae en el fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó a la demandante la información acerca de lo conveniente o inconveniente de su afiliación o traslado, según la línea jurisprudencia, retomada en la Sentencia SL 4803 de 2021.

Refiere que en el material probatorio que obra en el expediente, no se constata que la vinculación del demandante hubiere estado precedida del suministro de la ilustración necesaria, clara, transparente y suficiente, porque, aunque el formulario cuenta con la inscripción de que realizó su elección libre, espontánea y voluntariamente, ello por sí solo no demuestra la ilustración de los beneficios, pros y contras, entre otras, sobre las características particulares de cada sistema o la forma de consolidar el derecho, en cada uno de ellos.

Concluye que, al declarar la ineficacia de traslado al RAIS, el demandante debe ser recibido como afiliado a Colpensiones. De igual forma, en aplicación a los efectos de la ineficacia, indica que la entidad Porvenir S.A debe realizar la devolución de todos los valores que hubiere recibido y que tenga con motivo de la afiliación del actor Gabriel Eduardo Méndez Baena, a Colpensiones, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieran causado, gastos de administración, porcentaje destinado a construir el fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, asimismo, deberá devolver información relacionada con la conformación de su historia laboral a Colpensiones.

En cuanto a las excepciones, indica que declarará no probadas las planteadas por las demandadas. Finalmente, condena en costas a favor del demandante, a cargo de Porvenir S.A y Colpensiones.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. 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 brindó asesoría al demandante para que accediera a realizar el traslado entre regímenes.

Señala que 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 generan la declaratoria de nulidad, es decir, debería condenarse a la Administradora del Fondo de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a otorgar los derechos y beneficios al afiliado en la forma como le correspondería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Aunado a ello, indica que al demandante no le asiste derecho a solicitar el cambio de régimen por cuanto se encuentra inmerso en la prohibición de edad, pues cuenta con 62 años.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, manifiesta que durante el trámite del proceso actuaron sin temeridad alguna y bajo el principio de la buena fe, teniendo en consideración que tanto el ISS como Colpensiones han sido absolutamente respetuosas en la autonomía de la voluntad privada, y, por lo tanto, han permitido que sus afiliados migren al RAIS sin haber generado implicaciones o influencias en las decisiones que se adoptaron para efectos del traslado.

4.2. Apelación de PORVENIR S.A.

Arguye que cumplió con el deber de información establecido para el momento de manera verbal y con la suscripción del formulario de afiliación, y en cuanto al principio de no haber realizado el traslado con el consentimiento de la parte demandante, manifiesta que quedó demostrado dentro del trámite procesal que sobre el formulario no pesaba tacha ni denuncia. Asimismo, indica que normas posteriores como doble asesoría, buen consejo, proyecciones pensionales, no se aplican de manera retroactiva, razón por la cual se debe revocar el numeral primero de la sentencia referente a la declaratoria de ineficacia del traslado frente a la negación indefinida del actor al cumplirse con las normas vigentes al momento en que se realizó, y en caso de no prosperar las mismas, solicita de manera subsidiaria se revoque de manera parcial el numeral tercero de la sentencia que condena a Porvenir S.A a devolver los valores del actor que realizó durante el tiempo en que estuvo afiliado a la administradora,

toda vez que conceptos como bonos pensionales no se han redimido, tales como las primas de seguros previsionales, gastos de administración, no hacen parte de la cuenta de ahorro individual de ningún afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad, así como tampoco están destinados a financiar una pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, y que por disposición legal, en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, se establecieron estos descuentos en ambos regímenes, por lo que no se pueden considerar como detrimento en los aportes de un afiliado, toda vez que se hubiesen descontado en ambos regímenes. De igual modo, señala que la administradora colombiana de pensiones Colpensiones quien entra a suplir el ISS, no administraba aportes del actor, razón por la cual no se estarían vulnerando los derechos de esta entidad al no devolver estos valores, en cuanto a las primas de los seguros previsionales, refiere que se contrataron mes a mes en todo el tiempo en que el actor estuvo cubierto con la seguridad de una pensión de invalidez o de sobrevivencia, en caso de haberse presentado dicha eventualidad y por lo tanto no se encuentran en cabeza de porvenir S.A., conforme a la indexación de estos recursos, manifiesta que se estaría frente a un doble pago, en vista de que se tendría que devolver los valores indexados que hubiesen ingresado durante el tiempo en que cotizó a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones.

Por todo lo antes mencionado, solicita se absuelva a devolver dichos conceptos, y se absuelva de cualquier tipo de condena en costas, toda vez que Porvenir S.A. se encuentra imposibilitada de aceptar, tramitar o allanarse a las pretensiones de la parte actora.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante no intervino en la oportunidad concedida en esta instancia a efectos de presentar sus alegatos de conclusión.

Por su parte, Colpensiones y Porvenir S.A., presentaron alegatos de conclusión dentro del término concedido por conducto de sus apoderados judiciales, reiterando lo esbozado en las contestaciones de la presente demanda, solicitando se revoque la sentencia de fecha 24 de marzo de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, y se absuelvan de las pretensiones.

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 por 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.”*

El sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha asignado 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 especial relevancia 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 adoptar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse un real y efectivo 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, en sentencia SL 1006 del 28 de marzo de 2022, radicado 86505, MP, OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, en donde 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»

[...].

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
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1. ° 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</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3. °, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3. ° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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 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.

(...)

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, avizora la Sala que no se encuentra prueba que permita acreditar que el fondo accionado Porvenir S.A. haya cumplido con el deber de dar una información veraz o eficaz al demandante frente a las ventajas, desventajas, características, forma en que se podía obtener la pensión, ni los requisitos que se exigen en RPM y en RAIS. Y solo frente a esa información podía realmente considerarse que el demandante tomó una decisión libre y voluntaria y no solo con la suscripción de un simple formulario, con ello, aun 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 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 ofrecieron 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 accionada 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 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.

6.2.2. Con relación 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 afiliado únicamente al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto debe ser recibido como afiliado a Colpensiones por ser quien administra el mismo.

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 S.A, trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual del actor en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si los hubiere, ello por cuanto dispone la ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que el 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.”

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 las accionadas la excepción de prescripción que 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.”

6.3. COSTAS

De la Condena en costas en primera instancia contra Colpensiones y Porvenir S.A.

Frente a este punto, el artículo 365 del C.G.P. es claro en señalar que la condena en costas se le impone a la parte vencida en el proceso, así lo ha explicado la H. Corte Suprema de Justicia en auto AL2924-2020, Radicación n.º70173, donde señaló que: *“De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir, en tanto la contraparte, al interponer el recurso de casación, lo compele a seguir atendiendo el proceso y a realizar nuevas erogaciones. (AL3132-2017, AL3612-2017 y AL5355-2017).”* Por lo que la condena en costas impuesta contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., será confirmada.

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

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 del 24 de marzo de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, atendiendo a lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORA ROJAS

Radicado N°. 23-001-31-05-005-2023-00001-01 FOLIO 218 – 23

Montería, veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, como su grado jurisdiccional de consulta, respecto de la sentencia proferida en audiencia del 16 de mayo de 2023 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ANA ROCIO KERGUELEN MENDEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora ANA ROCIO KERGUELEN MENDEZ, se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Protección S.A. trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, los ahorros que tiene la demandante en su cuenta de ahorros individual más sus rendimientos

financieros, y, asimismo, se condene a Colpensiones recibir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Por último, se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

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

-Nació el 28 de abril de 1968, y cotizó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, desde el mes de agosto de 1998.

-En el mes de noviembre del 2004, fue trasladada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Protección S.A. y al momento de la afiliación, dicha entidad no le suministró información documentada de forma detallada, clara y concisa, sobre las consecuencias negativas de dejar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida para trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

-Refiere que no se le otorgó información acerca de los pros y contras del cambio de régimen pensional, como tampoco se le informó documentalmente sobre el monto del capital que tendría que reunir en su cuenta de ahorro individual para acceder a la pensión de vejez, menos aún información documentada sobre la proyección de la primera mesada pensional por vejez que recibiría con el ISS hoy Colpensiones, y la que recibiría con Protección S.A.

-Que presentó solicitud de traslado ante Colpensiones el 31 de octubre de 2022, la cual fue desatada en forma negativa, por lo que se procedió a interponer la presente demanda.

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. COLPENSIONES propuso las excepciones de *inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, desconocimiento del*

principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, ausencia del nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción, no tener la condición de afiliado de la administradora colombiana de pensiones y genérica.

2.3.2. PROTECCION propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de 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 y genérica.*

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

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. En efecto, soportados en las documentales adosadas al plenario y pese a que dicha voluntad fue libre, se puede corroborar que no fue debidamente informada, conforme a los derroteros de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y, por lo tanto, el afiliado no pudo adoptar una decisión libre e informada en torno a la conveniencia o inconveniencia de permanecer en el RPM o de trasladarse al RAIS como en efecto ocurrió.

Trae a colación lo dispuesto en la Sala de Casación Laboral de la Corte, la cual señala que en casos como este la carga de la prueba se invierte y recae en el fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó a la demandante la información acerca de lo conveniente o inconveniente de su afiliación o traslado, según la línea jurisprudencia, retomada en la Sentencia SL 4803 de 2021.

Así las cosas, expresa que es deber de las AFP explicar de manera detallada las consecuencias de la afiliación al régimen pensional, máxime cuando la diferencia que existe en materia pensional entre uno y otro régimen es notoria; acorde con lo anterior, sostiene que, para el caso, la ineficacia del traslado por omisión de información no aplica la prohibición que la demandante se encuentre a menos de 10 años para alcanzar el requisito de la edad para pensionarse.

Concluye que, al declarar la ineficacia de traslado al RAIS, la demandante debe ser recibida como afiliada a Colpensiones. De igual forma, en aplicación a los efectos de la ineficacia, indica que la fondo Protección S.A debe realizar la devolución de todos los valores que hubiere recibido y que tenga con motivo de la afiliación de la actora Ana Rocío Kerguelen Méndez, a Colpensiones, tales como aportes, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración, porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados.

En cuanto a las excepciones, indica que declarará no probadas las presentadas por Colpensiones y Protección S.A. Finalmente, condena en costas a favor de la demandante, a cargo de Colpensiones y Protección S.A.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES

Arguye que la afiliación de la demandante al RAIS, a través de Protección S.A., fue de manera libre y voluntaria, y solo debe involucrar a las partes que intervinieron, reiterando que Colpensiones fue un tercero ajeno a dicha situación.

Asimismo, manifiesta que Protección S.A., por ser la Administradora de Fondo de Pensiones a la cual se encuentra afiliada actualmente la demandante, le corresponde otorgar los derechos y beneficios a la afiliada, en la forma como le concerniría en el régimen de prima media con prestación definida, toda vez que como ya se advirtió, Colpensiones es un tercero ajeno, que no intervino en el acto jurídico que se originó con la suscripción del contrato de traslado al fondo privado que administra el régimen de ahorro individual con solidaridad y no debe cargar con la responsabilidad de cumplir lo pretendido por el actor pese a que se le haga la devolución de los aportes que tenga en su cuenta de ahorro individual con sus indexaciones.

Ahora bien, indica que a la demandante no le asiste derecho a solicitar el cambio de régimen por cuanto se encuentra inmersa en la restricción de edad de que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Aunado lo anterior, las sentencias C-1024 de 2004, C-625 de 2007, C – 789 de 2002 y C596 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 en el RPM, toda vez que si se llegare a dar ello se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, manifiesta que durante el trámite del proceso actuaron sin temeridad alguna y bajo el principio de la buena fe, teniendo en consideración que tanto el ISS como Colpensiones han sido absolutamente respetuosas en la autonomía de la voluntad privada, y, por lo

tanto, han permitido que sus afiliados migren al RAIS sin haber generado implicaciones o influencias en las decisiones que se adoptaron para efectos del traslado.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. ALEGATOS DE COLPENSIONES

La parte demandante y la accionada Protección S.A., no intervinieron en la oportunidad concedida en esta instancia a efectos de presentar sus alegatos de conclusión. Por su parte, Colpensiones presentó alegatos de conclusión dentro del término concedido por conducto de sus apoderados judiciales, reiterando lo esbozado en el recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia de fecha 16 de mayo de 2023, emitido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, y se absuelvan de las pretensiones.

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 por resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: *(i)* si existe nulidad y/o ineficacia del traslado que hiciera la 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 enunciados, 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:

*“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**.”*

El sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha asignado 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 especial relevancia 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 adoptar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse un real y efectivo 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, en sentencia SL 1006 del 28 de marzo de 2022, radicado 86505, MP, OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, en donde 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»

[...].

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.”

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
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1. ° 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</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3. °, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3. ° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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.”

Al remitirnos a las pruebas documentales arrimadas al proceso, avizora la Sala que no se encuentra prueba que permita acreditar que el fondo accionado Protección S.A., haya cumplido con el deber de dar una información veraz o eficaz a la demandante frente a las ventajas, desventajas, características, forma en que se podía obtener la pensión, ni los requisitos que se exigen en RPM y en RAIS. Y solo frente a esa información podía realmente considerarse que la demandante tomó una decisión libre y voluntaria y no solo con la suscripción de un simple formulario, con ello, aun 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 todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP PROTECCION S.A, demostrar que al momento del traslado de la actora, le ofrecieron 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 accionada no cumplió con su deber de dar información veraz y completa a la 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 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.

6.2.2. En cuanto 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 PROTECCION S.A., cual es que nunca se dio el

traslado y todo vuelve a su estado inicial, es indudable que la parte accionante debe tenerse como afiliada únicamente al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto debe ser recibida como afiliada a Colpensiones por ser quien administra el mismo.

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 PROTECCION 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 el 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.”

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 que 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.**”*

6.3. COSTAS

De la Condena en costas en primera instancia contra Colpensiones.

Frente a este punto, el artículo 365 del C.G.P. es claro en señalar que la condena en costas se le impone a la parte vencida en el proceso, así lo ha explicado la H. Corte Suprema de Justicia en auto AL2924-2020, Radicación n.º70173, donde señaló que: *“De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir, en tanto la contraparte, al interponer el recurso de casación, lo compele a seguir atendiendo el proceso y a realizar nuevas erogaciones. (AL3132-2017, AL3612-2017 y AL5355-2017).”* Por lo que la condena en costas impuesta contra COLPENSIONES será confirmada.

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

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 del 16 de mayo de 2023 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, atendiendo a lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

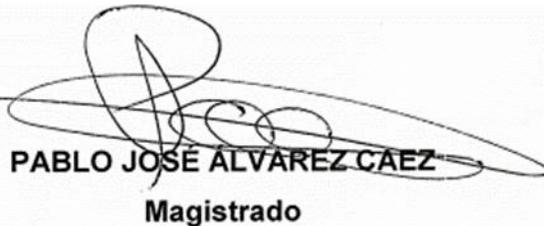


RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORA ROJAS

Radicado N°. 23-001-31-05-004-2022-00141-01 FOLIO 227 – 23

Montería, veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., como el grado jurisdiccional de consulta de la primera, respecto de la sentencia proferida en audiencia del 12 de mayo de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ISABELIA REBECA HERRERA PAEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora ISABELIA REBECA HERRERA PAEZ, se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Colfondos S.A., trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todos los aportes junto con sus rendimientos financieros, y, asimismo, se condene a Colpensiones recibir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con

Prestación Definida, de igual manera se le reconozca y pague el retroactivo pensional. Por último, se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

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

-Nació el 11 de julio de 1967, y cotizó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy Colpensiones desde el 26 de octubre de 1992, y, posteriormente fue afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A., el 01 de febrero de 2009.

-Manifiesta que al momento de su afiliación a Colfondos S.A., dicha entidad no le suministró información documentada sobre las consecuencias negativas de dejar el Régimen de Prima Media para trasladarse al RAIS.

-Indica que, de conformidad con lo anterior, es claro que por la falta de información acerca de las ventajas y/o desventajas que conllevaban dicho traslado, Colfondos S.A., logró que incurriera en un error al trasladarse de Régimen Pensional.

-Que presentó solicitud de traslado ante Colpensiones el 18 de marzo de 2019, la cual fue desatada en forma negativa, por lo que procedió a interponer la presente demanda.

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. 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, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, prescripción, no tener la condición de afiliado de la*

administradora colombiana de pensiones, obligación de devolución de aportes con todos los rendimientos, elementos y factores que hubiere administrado el fondo de pensiones privado y genérica.

2.3.2. COLFONDOS no propuso excepciones.

2.3.3. En la audiencia del 77 procedió el despacho a estudiar y resolver la excepción previa propuesta por la entidad accionada Colfondos S.A., denominada: *“Falta de integración de litisconsorcio necesario”*. Por cuanto ordenó el despacho declarar probada la excepción propuesta denominada: *“No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”*, alegada por la entidad demandada Colfondos S.A., por lo que se ordenó vincular a la Litis en calidad de demandado a la AFP Porvenir S.A.

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

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

El Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante, indicando que se encuentra acreditado que la señora Isabelia Rebeca Herrera Páez estuvo afiliada al Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy Colpensiones, efectuando aportes desde el 26 de octubre de 1992 hasta el 30 de noviembre de 1998, de igual modo, se encuentra probado su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo el 01 de enero de 1999, y donde permaneció afiliada hasta el 31 de enero de 2009. Finalmente, se encuentra evidenciado que la actora se trasladó a la AFP Colfondos S.A., con efectividad a partir del 01 de febrero de 2009, fondo en el que se encuentra afiliada en la actualidad.

Manifiesta que para efectos del traslado era necesaria 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. En efecto, soportados en las documentales adosadas al plenario y pese a que dicha voluntad fue libre, se puede corroborar que no fue debidamente informada, conforme a los derroteros de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y, por lo tanto, la afiliada no pudo adoptar una decisión libre e informada en torno a la conveniencia o inconveniencia de permanecer en el RPM o de trasladarse al RAIS como en efecto ocurrió.

Trae a colación lo dispuesto en la Sala de Casación Laboral de la Corte, la cual señala que en casos como este la carga de la prueba se invierte y recae en el fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó al demandante la información acerca de lo conveniente o inconveniente de su afiliación o traslado, según la línea jurisprudencia, retomada en la Sentencia SL 4803 de 2021.

Así las cosas, expresa que es deber de las AFP explicar de manera detallada las consecuencias de la afiliación al régimen pensional, máxime cuando la diferencia que existe en materia pensional entre uno y otro régimen es notoria; acorde con lo anterior, sostiene que, para el caso, la ineficacia del traslado por omisión de información no aplica la prohibición que el demandante se encuentre a menos de 10 años para alcanzar el requisito de la edad para pensionarse.

Concluye que, al declarar la ineficacia de traslado al RAIS, la demandante debe ser recibida como afiliada a Colpensiones. De igual forma, en aplicación a los efectos de la ineficacia, indica que la AFP Colfondos S.A., debe realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales (si los hubiere), gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante, debidamente indexados, con destino a las arcas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado actualmente por Colpensiones. Así también, la AFP Porvenir S.A., de manera inmediata, proceda a realizar la devolución de los gastos de administración y los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima

que se generaron mientras la señora Isbelia Rebeca Herrera Páez estuvo afiliada a dicha AFP, debidamente actualizados e indexados, con destino a las arcas de Colpensiones.

En cuanto a las excepciones, indica que declarará probada la excepción denominada “*Obligación de devolución de los aportes con todos los rendimientos, elementos y factores que hubiese administrado el fondo de pensiones privado*”, presentada por Colpensiones, y no probadas las demás propuestas por las demandadas. Finalmente, condena en costas a favor de la demandante, a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES.

Arguye que la afiliación de la demandante al RAIS, a través de Colfondos S.A. y luego a Porvenir S.A., fue de manera libre y voluntaria, y solo debe involucrar a las partes que intervinieron, reiterando que Colpensiones fue un tercero ajeno a dicha situación.

Asimismo, manifiesta que Colfondos S.A. y Porvenir S.A., por ser las Administradoras de los Fondos de Pensiones a las cuales se ha afiliado la demandante, les corresponde otorgar los derechos y beneficios a la afiliada, en la forma como le concerniría en el régimen de prima media con prestación definida, toda vez que como ya se advirtió, Colpensiones es un tercero ajeno, que no intervino en el acto jurídico que se originó con la suscripción del contrato de traslado al fondo privado que administra el régimen de ahorro individual con solidaridad y no debe cargar con la responsabilidad de cumplir lo pretendido por la actora pese a que se le haga la devolución de los aportes que tenga en su cuenta de ahorro individual con sus indexaciones.

Ahora bien, indica que a la demandante no le asiste derecho a solicitar el cambio de régimen por cuanto se encuentra inmersa en la restricción de edad de que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, solicita se revoque en su totalidad el fallo de instancia y en su lugar, se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las condenas impuestas en el mismo.

4.2. Apelación de PORVENIR S.A.

Aduce que, en lo que respecta a la devolución de rendimientos y cuotas de administración no debe perderse de vista que las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías son las entidades especializadas y autorizadas legalmente para realizar la función de administrar los ahorros para pensiones de los trabajadores y gestionar el pago de las prestaciones y beneficios que la Ley establece. Dicho lo anterior, la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena ejecución de la función de administración en cabeza de la AFP.

Manifiesta que es necesario resaltar que la Superintendencia Financiera de Colombia indicó de forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad y/o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguros previsionales, y en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, al ordenar el traslado de estos gastos a Colpensiones se configuraría en un enriquecimiento ilícito a favor de esta demandada, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución, pues en el artículo 113 Literal B de la Ley 100 de 1993, se establecen cuáles son los rendimientos que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, por lo que se torna evidente que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende, no pertenecen a él sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual.

Expresa que no debe haber lugar a condena en costas, dado que cumplió con el deber que se encontraba en cabeza de ella, y ha actuado de buena fe y conforme a derecho.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante no intervino en la oportunidad concedida en esta instancia a efectos de presentar sus alegatos de conclusión. Por su parte, Colpensiones y Porvenir S.A., presentaron alegatos de conclusión dentro del término concedido por conducto de sus apoderados judiciales, reiterando lo esbozado en las contestaciones de la presente demanda, solicitando se revoque la sentencia de fecha 12 de mayo de 2023, emitido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería – Córdoba, y se absuelvan de las pretensiones.

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 por resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: *(i)* si existe nulidad y/o ineficacia del traslado que hiciera la 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 enunciados, 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:

*“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**.”*

El sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha asignado 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 especial relevancia 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 adoptar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o

traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse un real y efectivo 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, en sentencia SL 1006 del 28 de marzo de 2022, radicado 86505, MP, OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, en donde 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»

[...].

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.”

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 precisó 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:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1. ° 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</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3. °, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3. ° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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.”

Al remitirnos a las pruebas documentales arrimadas al proceso, avizora la Sala que no se encuentra prueba que permita acreditar que los fondos accionados

Porvenir S.A., y Colfondos S.A., hayan cumplido con el deber de dar una información veraz o eficaz a la demandante frente a las ventajas, desventajas, características, forma en que se podía obtener la pensión, ni los requisitos que se exigen en RPM y en RAIS. Y solo frente a esa información podía realmente considerarse que la demandante tomó una decisión libre y voluntaria y no solo con la suscripción de un simple formulario, con ello, aun 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 todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a las AFP PORVENIR S.A. y AFP COLFONDOS S.A., demostrar que al momento del traslado de la actora, le ofrecieron 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 las accionadas no cumplieron con su deber de dar información veraz y completa a la 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 se subsana con la suscripción de formularios de afiliación, y ello es razón suficiente para que salga adelante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

6.2.2. En cuanto 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. Y COLFONDOS S.A., cual es que nunca se dio el traslado y todo vuelve a su estado inicial, es indudable que la

parte accionante debe tenerse como afiliada únicamente al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto debe ser recibida como afiliada a Colpensiones por ser quien administra el mismo.

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 las AFP PORVENIR S.A. Y COLFONDOS 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 el 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.”

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 que 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.**”*

6.3. COSTAS

De la Condena en costas en primera instancia contra Colpensiones y Porvenir S.A.

Frente a este punto, el artículo 365 del C.G.P. es claro en señalar que la condena en costas se le impone a la parte vencida en el proceso, así lo ha explicado la H. Corte Suprema de Justicia en auto AL2924-2020, Radicación n.º70173, donde señaló que: *“De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir, en tanto la contraparte, al interponer el recurso de casación, lo compele a seguir atendiendo el proceso y a realizar nuevas erogaciones. (AL3132-2017, AL3612-2017 y AL5355-2017).”* Por lo que la condena en costas impuesta contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., será confirmada.

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

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 del 12 de mayo de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, atendiendo a lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MORA ROJAS

Magistrado



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado