



**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL**

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Tipo de Proceso	ORDINARIO LABORAL
Radicado	13001-31-05-005-2020-00077-01
Demandante	SAGRARIO ISABEL CORTÉS NÚÑEZ
Demandado	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente	CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS

En Cartagena a los dieciocho (18) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), la Sala Segunda de Decisión Laboral, presidida por el suscrito como Magistrado Ponente, procede a resolver la apelación y la consulta dentro del proceso ordinario laboral, instaurado por **SAGRARIO ISABEL CORTÉS NÚÑEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** con radicación única **13001-31-05-005-2020-00077-01**, dentro del marco de la emergencia sanitaria de Covid-19, en la modalidad de trabajo en casa, aprovechando las tecnologías de la información y las comunicaciones.

En armonía con lo anterior, el Decreto Legislativo 806 de 2020 artículo 15, determinó que la decisión de segunda instancia se dictara por escrito, una vez ejecutoriado el auto que avoca el respectivo recurso o el grado jurisdiccional de consulta, según fuere el caso y previo traslado a las partes para alegar de conclusión (también en forma escrita).

ALEGATOS: Mediante auto de fecha trece (13) de diciembre del 2021, siendo notificado mediante Estado No. 220 del catorce (14) de diciembre de 2021, encontrándose el mismo debidamente ejecutoriado.

II. OBJETO

El objeto de esta sentencia es resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de PORVENIR S.A. y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones contra la sentencia del 22 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declararon no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas; declaró la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS en PORVENIR S.A., condenó a PORVENIR S.A. para que previo al trámite correspondiente que deba surtirse traslade al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a COLPENSIONES todos los aportes que la demandante tenga cotizados a partir del año 1999 con sus rendimientos financieros, estando obligada COLPENSIONES a recibirlos sin dilación alguna; condenó en costas a la demandada, tasando las mismas en 4 SMLMV.

PRETENSIONES: La demandante solicitó en su escrito de demanda se declare la ineficacia de su afiliación a la AFP PORVENIR S.A. la cual se hizo efectiva en mayo de 1999, por no haber recibido por parte de dicha AFP la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado conforme a los artículos 14 y 15 del Decreto 656/91 y la jurisprudencia de la CSJ, Sala Laboral; se ordene a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES del valor de los aportes cotizados por ella al Sistema de Seguridad Social en Pensiones con sus rendimientos, y a actualizar la



DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN
SALA LABORAL

historia laboral en un término no mayor a 30 días al recibo de los aportes remitidos por la AFP PORVENIR S.A. y costas.

HECHOS: Fundó sus pretensiones en doce (12) hechos siendo los más relevantes que, nació el 19 de agosto de 1958; que inicio a cotizar al Régimen de Prima Media con prestación definida a partir del 30 de julio de 1991; que efectuó cotizaciones en dicho régimen hasta mayo de 1999, cuando diligenció el formato de traslado para el RAIS en fecha 9 de abril de 1999; que dicho traslado se hizo efectivo en mayo de 1999; que a 31 de enero de 2020 cuenta con 1.436 semanas cotizadas, discriminadas así; 374 semanas al régimen de prima media y 1.062 semanas en el RAIS a través de PORVENIR S.A.; que al momento de efectuar el traslado del régimen de prima media al RAIS a través de PORVENIR S.A. , dicha AFP, ni el ISS hoy COLPENSIONES le brindaron información o asesoría de cómo era la forma de obtener el beneficio de pensión en el RAIS, ni las condiciones para el disfrute pensional, conforme lo exige la jurisprudencia de la CSJ, tampoco le fueron informadas todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación, hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, y mucho menos se le hizo una proyección de la pensión por parte de PORVENIR S.A.; agrega que cuando realizó el traslado no se le explicó cómo se financiaba la pensión en el régimen de prima media y en el de los fondos privados, así como tampoco por parte de PORVENIR S.A. se le explicó cuanto tenía que ahorrar para obtener una pensión; que no se le hizo una proyección o simulación del monto de la mesada pensional en la AFP PORVENIR S.A. o un comparativo en virtud a lo que obtendría en el ISS hoy COLPENSIONES; que el traslado de régimen pensional ha afectado sus derechos fundamentales, en especial el mínimo vital y vida digna, atendiendo que el valor de la mesada pensional en el RAIS con el capital ahorrado en su cuenta de \$230.058.753 sería una pensión equivalente a \$877.803 , situación contraria a la que percibiría con COLPENSIONES la cual ascendería \$3.830.252; que solicitó a COLPENSIONES la ineficacia o anulación del traslado al RAIS como consecuencia de ello, se recibieran los aportes que se giraran de la cuenta de ahorro individual, obteniendo respuesta negativa a la solicitud mediante oficio del 22 de enero de 2020 identificado como BZ2020_543513-0178729, aduciendo que no era procedente anular la afiliación; que también elevó solicitud de ineficacia del traslado al RAIS ante PORVENIR S.A., la cual fue resuelta de manera desfavorable.

Contestación de la Demanda: El a quo admitió la demanda mediante auto del 26 de marzo de 2020, ordenó notificar a las demandadas y correrle traslado de la demanda, quienes contestaron, así:

COLPENSIONES al contestar la demanda a través de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda; manifestó que los hechos 1 a 4, 11 y 12 son ciertos; los hechos 5 a 10 no le constan; y propuso las excepciones de falta de legitimidad en la causa por pasiva, buena fe, prescripción, e innominada o genérica.

PORVENIR S.A. a través de su apoderado judicial dio respuesta a la demanda, señalando que se oponía a todas las pretensiones; respecto de los hechos, señaló que no le constan los hechos 1 y 2; mientras que los hechos 3 a 12 no son ciertos; propuso las excepciones de fondo de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 22 de septiembre de 2020, declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas; declaró la ineficacia de la afiliación de la actora



DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN
SALA LABORAL

al RAIS en PORVENIR S.A., condenó a PORVENIR S.A. para que previo al trámite correspondiente que deba surtirse traslade al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a COLPENSIONES todos los aportes que la demandante tenga cotizados a partir del año 1999 con sus rendimientos financieros, estando obligada COLPENSIONES a recibirlos sin dilación alguna; condenó en costas a la demandada, tasando las mismas en 4 SMLMV.

ARGUMENTOS DE LA PRIMERA INSTANCIA: La juez de primera instancia adujo que, atendiendo el acervo probatorio arrimado al plenario, se pudo evidenciar que la actora se encontraba inicialmente afiliada a la Caja de Previsión de la entidad donde prestaba sus servicios como funcionaria pública, y luego sus aportes o fondos fueron trasladados al ISS, y posteriormente se afilió a PORVENIR S.A. en abril de 1999. Sin embargo, consideró que la demandada PORVENIR S.A. no acreditó haber cumplido con el deber de información para con la demandante que exige la jurisprudencia, que dicho deber incluye darle a la actora la información necesaria, clara y precisa que le permitiera entender cuáles eran las connotaciones hacia el futuro, que le traería el cambio de régimen pensional.

Declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por ambas demandadas, al considerar en el caso de la excepción de prescripción la jurisprudencia ha decantado que la acción de traslado tiene incidencia en el reconocimiento de un derecho fundamental consagrado en el art. 53 de la C.P., y dado que la acción de traslado no prescribe, no es posible que dicha excepción salga adelante. Respecto a las demás excepciones propuestas indicó que conforme a las consideraciones esbozadas la actora tiene derecho a que se trasladen sus aportes del RAIS al régimen de prima media, por lo que Colpensiones está legitimada en la causa por pasiva para recibir dichos dineros. Mientras que la excepción de buena fe, no resulta aplicable pues en este caso no se impuso condena por intereses moratorios, ya que lo único que se ordenó fue el traslado de los aportes.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de PORVENIR S.A., apeló la decisión del a quo aduciendo que, la afiliación de la demandante al RAIS efectuada en el año 1999 no adolece de ningún vicio, y en caso de que hubiere existido alguno, el mismo fue saneado con los actos jurídicos realizados por la actora; que no resulta procedente que 22 años después de haberse trasladado al RAIS la demandante pretenda un traslado de régimen pensional el cual se encuentra prohibido por la ley vigente. Que si hubo asesoría por parte de PORVENIR S.A. a la demandante, prueba de ello es que suscribió el formato de vinculación, el cual no fue tachado de falso, por lo tanto, es un documento válido y debe tenerse valorarse como prueba. Que para la época en que se dio el traslado de la actora no había lugar a mantener asesorías escritas, pues en ese entonces se les explicaba a los potenciales afiliados los beneficios de los regímenes pensionales, y la actora señaló que no recibió la información por decisión propia pues se encontraba laborando y tenía que realizar audiencias y demás tramites, por lo que no se le puede trasladar dicha responsabilidad a su representada pues la actora libre y voluntariamente suscribió el formulario de afiliación. Cuestiona igualmente la condena en costas impuesta por el a quo, dado que el presente asunto no tiene cuantía, considerando que resultan exageradas unas costas por 4 SMLMV, sumado a que su representada en sede administrativa no puede declarar la ineficacia del traslado, pues es un asunto que debe ser declarado por los jueces. También aduce que al presente asunto si le es aplicable la prescripción, por lo que solicita se declare probada dicha excepción.



**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN
SALA LABORAL**

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Siendo la anterior decisión adversa a la demandada COLPENSIONES y al no haberse propuesto recurso de apelación por parte de esta entidad, debe esta Sala avocar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida, tal como lo establece el artículo 69 del C.P.L. modificado por el art. 14 de la Ley 1149 de 2007, además de la circular PSAC-12-22 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa de fecha 20 de junio de 2012 que señala la obligatoriedad del grado de consulta para los procesos judiciales en los que el ISS hoy COLPENSIONES resulte vencido, toda vez que se trata de recursos de la seguridad social que garantiza el tesoro nacional; todo esto tiene fundamento en las sentencias emanadas de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia radicado 34552 del 26 de Noviembre de 2013, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón y recientemente STL-7382(40200) M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo del 9 de junio de 2015.

VI. CONTROVERSIA JURÍDICA

Conforme al recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES deberá determinarse i) si es dable o no declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS de la demandante efectuada por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. ii) si es procedente o no devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los valores cobrados por PORVENIR S.A. por concepto de cuotas de administración, gastos de seguros previsionales; iii) determinar si está o no llamada a prosperar la excepción de prescripción propuesta por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y iv) establecer si debe imponerse condena en costas a PORVENIR S.A.

VII. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA SUSTENTAR LA TESIS DE LA SALA:

Estimamos aplicables:

- Artículo 53 CN
- Artículos 69 y 151 del CPTSS
- Artículos 13, 21, 33, 34 y 271 de la Ley 100 de 1993.
- Artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994
- Artículo 9 de la Ley 797 de 2003
- Artículo 365 del CGP

Subreglas:

- **CONSONANCIA:** Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral Sentencia radicado SL4430-2014 - 45348 de fecha 19 de febrero de 2014, Magistrada Ponente: CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.
- CSJ SL 31389 y 31314/2008
- Corte constitucional SU 130 de 2013
- **NULIDAD TRASLADO DE REGIMEN:** Corte Suprema de Justicia SL 17595 de 2017 MP FERNANDO CASTILLO CADENA.
- **LIBERTAD ESCOGENCIA FONDO DE PENSIONES:** Corte Suprema de Justicia SL 3496/2018
- Sentencia SL037-2019, Radicación n.º 53176, de fecha 23 de enero de 2019, M.P. ERNESTO FORERO VARGAS.



DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN
SALA LABORAL

- **INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL:** No se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse: Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral sentencia SL1452-2019 del 8 de abril de 2019, M.P. Clara Dueñas Quevedo.
 - Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral sentencia SL-2877 del 29 de julio de 2020, SL2439-2021 del 15/06/2021, SL2591-2021 del 15/06/2021, SL2593-2021 del 15/06/2021, SL2601-2021 del 09/06/2021, SL2329-2021 del 02/06/2021, SL2870-2021 del 28/06/2021 y SL3794-2021 del 25/08/2021 (#78755).

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La controversia en esta instancia se decidirá de acuerdo a los puntos materia de apelación como lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte¹.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN EFECTUADO POR LA DEMANDANTE

Aduce el apoderado judicial de Porvenir S.A. que el traslado efectuado por la demandante es válido, como quiera que, su representada cumplió con las obligaciones legales que le correspondían y la actora suscribió libremente el formato de afiliación, sin que sea dable exigirle a la AFP una asesoría por escrito a la actora, máxime cuando fue ésta quien no le interesó la asesoría que brindaban los empleados de Porvenir, aduciendo que se encontraba laborando.

En el sub examine es un hecho pacífico que la demandante en fecha 9 de abril de 1999 suscribió solicitud de vinculación o traslado al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. (fl 29 de la demanda), haciéndose efectivo dicho traslado el 1 de junio de 1999 conforme a la certificación aportada por PORVENIR S.A. visible a folios 61.

Ahora bien, al analizar las pruebas aportadas al plenario, esto es, el interrogatorio de parte practicado a la demandante y las documentales referentes al formato de vinculación al RAIS suscrito por la actora con la AFP PORVENIR S.A., concluye la Sala que la AFP demandada perteneciente al RAIS no cumplió con el deber de información que ha decantado la Ley y la jurisprudencia debe verificarse cuando se trata de traslado de régimen pensional.

Lo anterior, por cuanto la actora en su jurada indicó que en el año 1999 cuando laboraba como Comisaria de Familia se presentó a su lugar de trabajo una asesora de Porvenir quien la llamó por su nombre y tenía todos sus datos, manifestándole que debía trasladarse del entonces ISS a PORVENIR S.A. por cuanto, el primero desaparecería y sus aportes se perderían, y ante ese panorama ella se asustó y como además le indicó el empleado que en PORVENIR S.A. podría pensionarse, aconsejándole que se afiliara y después legalizaba pues en el momento en que la abordaron se encontraba laborando y tenía varios usuarios a la espera de ser atendidos; que no se le entregó información por escrito en la que se establecieran los derechos o beneficios, sin que tales afirmaciones hubieran sido controvertidas por la demandada PORVENIR S.A., no advirtiéndose que la actora hubiera tenido

¹Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral Sentencia de fecha 25 de mayo de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo López Villegas. Exp: 36013, reiterada mediante sentencia rad. 38135 del 3 de Agosto de 2010 y más recientemente en Sentencia CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -SALA DE CASACIÓN LABORAL, Radicación No. 44673- SL 819 – 2013, de fecha 16 de octubre de 2013-Magistrado Ponente RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, y Sentencia radicado SL4430-014 - 45348 de fecha 19 de febrero de 2014, Magistrada Ponente: CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.



DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN
SALA LABORAL

un real asesoramiento respecto de lo que implicaba trasladarse de régimen pensional.

De otra parte, en el sub lite reposa formato de vinculación de la demandante a la AFP PORVENIR S.A., en el cual se advierte que existe un ítem denominado voluntad de selección y afiliación, en el que se consignó lo siguiente:

FIRMA EMPLEADOR O REPRESENTANTE LEGAL	VOLUNTAD AFILIADO	VOLUNTAD AFILIADO
DECLARO BAJO JURAMENTO QUE LOS ANTECEDENTES DEL TRABAJADOR INCLUIDOS EN EL PRESENTE CONTRATO SON LOS QUE CORRESPONDEN A LA REALIDAD Y QUE NO HA SIDO SUMINISTRADA.	CONCORDANTE SOLICITO SE SIRVA VINCULARME AL RÉGIMEN DE ASESORÍAS Y SUS CORRESPONDIENTES PENSIONALES AL FONDO DE CREDITOS ADMINISTRADO POR PORVENIR S.A., PARA TAL FIN HAYO FOTOCOPIA DE MI DOCUMENTO DE IDENTIDAD.	HAYO CONFIANZA QUE PRALADO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGIENDO AL RÉGIMEN DE ASESORÍAS PENSIONALES, ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES, TAMBIÉN DE CLARO QUE LOS DATOS PRESENCIALES EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.
 FIRMA REPRESENTANTE LEGAL	 FIRMA TRABAJADOR	 FIRMA TRABAJADOR
HUELLA DACTILAR ÍNDICE DERECHO	HUELLA DACTILAR ÍNDICE DERECHO	HUELLA DACTILAR ÍNDICE DERECHO
C.C. 414391048	C.C. 414391048	C.C. 414391048

NOTA: EN CASO DE SER TRABAJADOR INDEPENDIENTE O REALIZAR APORTES VOLUNTARIOS DILIGENCIAR FORMATO ANEXO.

Al respecto, debe recordarse que la sola suscripción del formato de vinculación o traslado, no es suficiente para considerar que la AFP PORVENIR S.A. cumplió con su obligación de informar e ilustrar suficientemente a la demandante para que tomara una decisión basada desde el conocimiento del funcionamiento del sistema pensional, esto es, sus ventajas y desventajas, conforme lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en múltiples sentencias, entre ellas las señaladas en los fundamentos jurisprudenciales citados preliminarmente.

En efecto, el literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 dispuso la obligatoriedad que al momento de escogerse el régimen pensional, tal manifestación fuera libre y voluntaria, y contempló como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, además de que «la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»; el literal e) por su parte estableció que «una vez efectuada la selección inicial ... solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años contados a partir de la selección inicial en la forma en que señale el gobierno nacional», término que luego fue ampliado a 5 años, según la Ley 797 de 2003, y el propio artículo 272 de dicho Estatuto de la Seguridad Social previó la inaplicación de disposiciones lesivas a los asociados cuando quiera que con ellas se menoscabara la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores, y advirtió sobre la preponderancia de los principios mínimos contenidos en el precepto 53 constitucional.

En tal sentido, a la fecha de afiliación de la actora al RAIS existía la obligación de informar adecuadamente sobre que el traslado de régimen pensional fuera libre, voluntario y bien informado.

Lo anterior, por cuanto el máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria laboral ha decantado que, tratándose de cambio de régimen pensional, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro. A juicio de la Corte, criterio que esta Sala acoge, no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de



DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN
SALA LABORAL

régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito. Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de otros derechos, como la transición normativa.

Al operador judicial no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida, máxime cuando la misma Corte ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa. En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino, además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.

A juicio de la Sala entonces, y en concordancia con lo expuesto, resulta evidente que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, trajo para un contingente de personas la pérdida de la transición y por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara. Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción. Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

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

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten - ha dicho la Corte, y este Tribunal lo acoge, -, en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable, cuando fuere el caso.

En tratándose de traslados entre regímenes, las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes y de ser necesario, a desanimar al interesado a tomar una opción que claramente le perjudica. Ocultar las consecuencias de su traslado a los beneficiarios del régimen de transición o a quienes se encontraban afiliados al régimen de prima media con prestación definida, representa un agravio para el interesado, al menos, en lo que atañe al simple hecho de no poder decidir con todos los elementos de juicio que rodean su caso particular.



DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN
SALA LABORAL

Ha insistido la Corte que en estos casos, la transparencia es una norma de diálogo que impone a la administradora de pensiones la obligación de dar a conocer al afiliado toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro, y que en ese sentido, una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los efectos del traslado de régimen pensional es indicativa de que la decisión no estuvo precedida de información suficiente, y menos de real consentimiento, recordando que la información suficiente comprende no solo los beneficios del régimen al que se pretende el traslado, sino el proyecto del monto de la pensión en cada régimen, algo que aquí no sucedió pues la demandante señaló que no se cumplió con tal formalidad y ello no fue desvirtuado por las demandada AFP PORVENIR S.A. quien conforme a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, aplicable por analogía al campo laboral y de la seguridad social por así preverlo expresamente el artículo 145 del CPTSS tenía la carga de la prueba.

La Sala considera que no está acreditado que a la demandante se le suministraron los elementos de juicio necesarios para tomar adecuadamente la decisión de trasladarse al régimen de ahorro individual, luego si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto, y como se ha expuesto, no existe una sola prueba de que el fondo hubiere brindado la información veraz.

Por las anteriores razones, a juicio de la Sala, las pruebas recabadas indican que no hubo consentimiento informado, una decisión documentada, precedida de explicaciones claras sobre las características del régimen pensional a que se trasladaba la demandante, lo que a juicio de esta Colegiatura hace ineficaz el traslado al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó del sistema público administrado por Colpensiones.

Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros.

De igual manera, ha expresado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que la declaratoria de ineficacia obliga a todas las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a la AFP a la cual estuvo vinculado la demandante en el RAIS, por ello, todas las cotizaciones efectuadas por la actora al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.



DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN
SALA LABORAL

En cuanto a que la declaratoria de ineficacia del traslado o la afiliación al RAIS trae como consecuencia que PORVENIR S.A. deba reintegrar a COLPENSIONES en favor de la actora los gastos de administración, ha de señalarse que en sentencia SL2870 de 2021 el Alto Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria Laboral sobre el tema, expresó:

“... En lo atinente a los efectos de esta declaratoria, la Sala ha explicado que aparejan que Porvenir S. A. devuelva al RPMPD, en cabeza de Colpensiones, todo lo acumulado por el afiliado en su cuenta de ahorro individual, sin deducir valor alguno, de acuerdo a lo adocinado, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL8777-2020...”

De igual manera, en recientemente sentencia, esto es, la SL3794-25/08/2021 (#78755) MP JORGE PRADA SÁNCHEZ, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dejó claro que, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional trae como consecuencia para el fondo de pensiones del RAIS la devolución con cargo a sus propios recursos de los aportes por pensión, los rendimientos financieros, las comisiones, los gastos de administración, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima debidamente indexados, citando los precedentes vertidos en CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019).

Así mismo, en la sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, afirmó respecto al tema:

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

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

En consonancia con las jurisprudencias en citas, se adicionará la sentencia apelada y consultada en el sentido que la AFP PORVENIR S.A. deberá realizar la devolución de los aportes, rendimientos financieros, bonos pensionales, así como los valores utilizados en seguros previsionales y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante en dicha AFP.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por PORVENIR S.A. al contestar la demanda, ha de indicarse que la misma no tiene operancia en tratándose de pretensiones de ineficacia del traslado de régimen pensional, pues dicha pretensión envuelve un derecho constitucional fundamental, como es la seguridad social y el eventual derecho a la pensión, los cuales resultan imprescriptibles, por lo que se confirmará la sentencia apelada en este aspecto.

Finalmente, en lo que atañe a las costas impuesta por el a quo en cuantía de 4 SMLMV, estima la Sala que no le asiste razón a la parte recurrente, como quiera que, se está declarando ineficaz el acto de traslado de régimen pensional que tuvo lugar entre la AFP perteneciente al RAIS y la demandante, por lo que frente a PORVENIR S.A., como parte vencida de la pretensión de ineficacia, hay lugar a la imposición de costas en primera instancia, las cuales fueron tasadas



**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN
SALA LABORAL**

conforme los parámetros dispuestos en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, que en su artículo 5, en lo que respecta a los procesos declarativos en general, establece que en primera instancia los asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, las agencias en derecho se pueden imponer entre 1 y 8 SMLMV.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Ahora bien, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, ha de señalarse que con las anteriores consideraciones ha quedado resuelto lo atinente a la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante. Adicionalmente, precisa la Sala que el traslado que aquí se ordena deviene del incumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR S.A. perteneciente al RAIS de las desventajas y ventajas de dicho régimen pensional. Tampoco puede considerarse que con dicha decisión se afecte la sostenibilidad financiera del sistema pensional, pues para que la actora acceda a la pensión de vejez deberá acreditar los requisitos de edad y semanas cotizadas, aunado a que dicha pensión se financiara con los aportes que ésta hubiera hecho durante toda su vida laboral y que la AFP PORVENIR S.A. conforme a la sentencia aquí proferida deberá trasladar íntegramente los aportes efectuados, sus rendimientos e intereses, incluidos los dineros descontados por concepto de gastos de administración.

En lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES al contestar la demanda, la misma no está llamada a prosperar, toda vez que, al estar envuelto un derecho pensional que nace precisamente de la afiliación al sistema, el mismo no está sujeto al término prescriptivo establecido en el artículo 151 del CPTSS, por consiguiente, acertó el a quo al declararla no probada.

En cuanto a las restantes excepciones de fondo propuestas por COLPENSIONES al contestar la demanda, esto es, de falta de legitimidad en la causa por pasiva, buena fe, e innominada o genérica no están llamadas a prosperar pues la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante obedece al no cumplimiento de los presupuestos y exigencias que legal y jurisprudencialmente se le han adjudicado a las administradoras de pensiones cuando de traslados entre regímenes se trata.

7. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A., fíjense las agencias en derecho en cuantía de 1 SMLMV. Se autoriza a la Secretaria de esta Sala, teniendo en cuenta que no hay más gastos que liquidar, que una vez allegado el expediente a dicha dependencia y ejecutoriada la providencia, proceda a enviar el mismo al juzgado de origen.

8. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada de fecha 22 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cartagena dentro del presente proceso ordinario laboral promovido **SAGRARIO ISABEL CORTÉS NÚÑEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA**



**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN
SALA LABORAL**

DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., en el sentido de:

TERCERO: CONDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **SAGRARIO ISABEL CORTÉS NÚÑEZ**, que se declaró ineficaz, con todos sus intereses y rendimientos que se hubieran causado, al igual que los gastos de administración, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima debidamente indexados, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

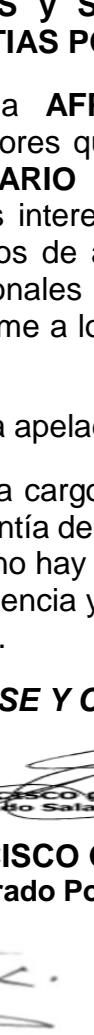
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en sus demás partes.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de la demandada **PORVENIR S.A.**, fíjense las agencias en derecho en cuantía de 1 SMLMV. Se autoriza a la Secretaria de esta Sala, teniendo en cuenta que no hay más gastos que liquidar, que una vez allegado el expediente a dicha dependencia y ejecutoriada la providencia, proceda a enviar el mismo al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS
Magistrado Sala Laboral

CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS
Magistrado Ponente



FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA
Magistrado

JOHNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRES
Magistrada
Ausencia Justificada