



**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 | 13001-31-05-006-2021-00059-01 |
| Demandante | JAIME ALFONSO OLIVARES TAYLOR |
| Demandado | COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. |
| Magistrado Ponente | CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS |

En Cartagena a los trece (13) días del mes de mayo 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 **JAIME ALFONSO OLIVARES TAYLOR** contra **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**, con radicación única **13001-31-05-006-2021-00059-01**, dentro del marco de la emergencia sanitaria de Covid-19, en la modalidad de alternancia, 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 cuatro (04) de abril de 2022, siendo notificado mediante Estado No. 60 del cinco (05) de abril del 2022, encontrándose el mismo debidamente ejecutoriado.

II. OBJETO

El objeto de esta sentencia es resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., así como resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones respecto de los puntos que no fueron materia de apelación, contra la sentencia del 18 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declararon no probadas las excepciones de fondo formuladas por las demandadas, se declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a PROTECCION S.A., en consecuencia se declaró que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al RAIS, por lo tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; condenó a PROTECCION S.A. a trasladar la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante con sus respectivos rendimientos, saldos adicionales, frutos, intereses, comisiones y cuotas de administración con destino a COLPENSIONES; absolvió a las demandadas de las restantes pretensiones incoadas en la demanda.

III. ANTECEDENTES

PRETENSIONES: El demandante solicitó en su escrito de demanda se declare que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES desde marzo de 1993, se declare que se afilió a la AFP Protección S.A. desde febrero de 2003; se declare que la AFP PROTECCION S.A. lo indujo al error, por incumplir su obligación de brindarle información completa y veraz sobre las ventajas y desventajas de elegir uno y otro régimen; se declare que la AFP PROTECCION incumplió sus obligaciones como entidad financiera, al no asesorarle e informarle de manera oportuna sobre las condiciones establecidas con respecto al traslado entre regímenes, violando así su

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



derecho a trasladarse voluntariamente tanto de régimen como de administradora; en consecuencia se declare la nulidad y/o ineficacia de su afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A. por haber mediado vicios en el consentimiento al existir falta de consentimiento informado, y por la realización de publicidad engañosa, que lo indujera al error para que se afiliara a la AFP Protección; se declare que la afiliación válida al SSSP es la efectuada ante el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; se declare para todos los efectos legales que nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; se condene a la AFP PROTECCION S.A. al pago de los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual o por los gastos de administración en que hubiere incurrido, ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez.

HECHOS: Fundó sus pretensiones en treinta y seis (36) hechos siendo los más relevantes que, nació el 4 de mayo de 1966; se afilió al ISS en marzo de 1993; que en 2003 se trasladó al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A.; que el asesor comercial de la AFP PROTECCIÓN S.A. le informó que el ISS iba a desaparecer, por lo que las pensiones quedarían en el “aire” y que además obtendría una mesada pensional mayor en el RAIS en comparación a la que accedería en el régimen público ; que el asesor le manifestó igualmente que en el RAIS se podía presionar de forma anticipada con una menor edad que la exigida en el ISS; asimismo le fue indicado que en el RAIS obtendría rentabilidad en comparación con la del ISS, que tendría más estabilidad que en el ISS, el cual se encontraba en crisis financiera, asimismo le fue indicado que afiliándose a Protección la pensión sería hereditaria pues ingresaba a la masa sucesoral, por lo que decidió cambiarse de régimen pensional el 1 de febrero de 2003, y efectuó cotizaciones hasta la actualidad; que los asesores comerciales de la AFP Protección no le informaron la fecha cierta de causación del derecho pensional y el disfrute de la misma en el régimen de prima media en contraposición a la fecha de causación y disfrute en el RAIS; que tampoco le informó el asesor comercial de Protección la cuantía de la mesada pensional estaba sometida a las inciertas condiciones del mercado financiero de cuyas fluctuaciones depende el valor de la pensión; tampoco le fue informado que en su condición de afiliado no podía trasladarse de régimen cuando le faltaran 10 años o menos para cumplir la edad para tener pensión de vejez; que la AFP PROTECCIÓN S.A. no le informó la diferencia que existe con la distribución de las cotizaciones pensionales en el RAIS en comparación con las cotizaciones pensionales en el régimen de prima media, de igual manera no le fueron puestos de presente los riesgos de que el valor de la mesada pensional pueda aumentar, mantenerse igual o inclusive disminuir con base a la probabilidad de vida según las tablas de mortalidad, la rentabilidad real proyectada por el Fondo de Pensiones para el manejo del capital, el cuadro de beneficiarios y sus edades al momento del cálculo de la pensión, y mucho menos se le indicó la posibilidad latente de que debía continuar cotizado al RAIS con posterioridad de cumplir la edad de 62 años, con el fin de lograr que el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual le permitiera obtener una pensión mensual superior al 110% del SMLMV; que no se le brindaron por parte de la AFP PROTECCIÓN información suficiente y veraz sobre las ventajas y desventajas de la afiliación al RAIS; que en 2018 no le fue informado por la AFP Protección la posibilidad que tenía de trasladarse nuevamente al régimen de prima media con prestación definida, violándole su derecho de trasladarse voluntariamente tanto de régimen pensional, como de administradora; que Protección S.A. incumplió igualmente su obligación de poner a su disposición

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



herramientas financieras que le permitieran conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media; que no recibió por parte de la AFP en ningún momento un buen consejo, el derecho de retracto, una doble asesoría o cálculo actuarial con una aproximación de cuánto serían las mesadas pensionales que podía llegar a tener si continuaba en el régimen y no se pasaba a Colpensiones; no se le explicó que el monto de la mesada variaría de acuerdo a la modalidad pensional; que no se le brindó una asesoría que formara en un consentimiento objetivo sobre la decisión de pensionarse con dicho fondo o no; que el IBC de sus cotizaciones se encuentra alrededor de los \$10.000.000, sin embargo, la expectativa de ahorro para cuando cumpla 62 años no superara una mesada pensional de máximo 2 SMLMV; que actualmente no ha alcanzado ni la mitad de los topes pecuniarios que exige la AFP PROTECCIÓN S.A. para que un ciudadano afiliado sea pensionado con un SMLMV; que actualmente cuenta con 800 semanas cotizadas; que presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES previa a la presentación de la demanda e igualmente presentó petición ante la AFP Protección con el fin de que le suministrara el certificado de afiliación, formato de afiliación, certificación donde conste el traslado de régimen e historia laboral actualizada, no obstante, a la fecha de presentación de la demanda no ha dado respuesta al mismo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: Mediante auto fechado el 4 de mayo de 2021 el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena admitió la demanda, ordenando notificar a las demandadas y correrle traslado de la demanda, quienes una vez notificadas procedieron a contestar la demanda, así:

COLPENSIONES

A través de su apoderado judicial contestó la demanda señalando que, los hechos 1 a 4, 11, 12, 27, y 35 son ciertos; mientras que los hechos 5 a 10, 13 a 26, 30, 33 y 36 no le constan; los hechos 28, 29, 31, 32, 34 no son ciertos; se opuso a todas las pretensiones y propuso las excepciones de fondo denominadas desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones – art. 48 de la C.P. adicionado por el artículo 1 del A. L 01 de 2005, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, buena fe, prescripción, innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A.

Contestó la demanda a través de apoderado judicial quien manifestó que los hechos 1, 2, 4, 27, 29, 31 y 35 no le constan; los hechos 3, 32, 36 a 38, 40 son ciertos; mientras que los hechos 5 a 26, 28, 30, 33, 34 no son ciertos; se opuso a todas las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de traslado válido de Colpensiones a Protección S.A., inexistencia de la nulidad de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación solicitada, ausencia de responsabilidad en el traslado al RAIS, prescripción de la acción para la rescisión del acto jurídico de vinculación al RAIS especial, prescripción genérica, imposibilidad de trasladar la comisión de administración y la prima del seguro previsional y genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 18 de febrero de 2022, declaró no probadas las excepciones de fondo formuladas

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



por las demandadas, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a PROTECCION S.A., en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al RAIS, por lo tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; condenó a PROTECCION S.A. a trasladar la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante con sus respectivos rendimientos, saldos adicionales, frutos, intereses, comisiones y cuotas de administración con destino a COLPENSIONES; absolvió a las demandadas de las restantes pretensiones incoadas en la demanda.

ARGUMENTOS DE LA PRIMERA INSTANCIA: El juez de primer grado fundó su decisión al señalar que, de las pruebas arrojadas al proceso se acreditó que el actor se afilió al ISS el 19 de marzo de 1993 hasta diciembre de 1994; luego en fecha 1 de marzo de 2003 suscribió formato de afiliación al RAIS a través de PROTECCIÓN AFP, el cual se hizo efectivo el 1 de mayo de 2003, sin embargo, la sola suscripción del formulario no es prueba suficiente que se le brindó al actor la información clara, expresa y completa de las características ventajas y desventajas de ese traslado al RAIS; que la AFP PROTECCIÓN S.A. no acreditó haber cumplido con el deber de información para con el demandante al momento de efectuarse su traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS; que al haber efectuado una negación indefinida el actor respecto a que no se le brindó la información necesaria para realizar el traslado de régimen pensional, se trasladó la carga de la prueba a la parte demandada y como ello no fue desvirtuado declaró la ineficacia de la afiliación y el traslado del actor al RAIS, ordenó la devolución de todos los conceptos que posea el actor en la AFP PROTECCIÓN S.A., al igual que los gastos de administración, comisiones. Que las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado es que el acto jurídico nunca existió, por consiguiente, el demandante debe retornar a Colpensiones. En cuanto al reparo de Colpensiones relacionado con que la declaratoria de ineficacia del traslado del demandante afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional, indicó que esa afirmación no es válida, pues conforme al parágrafo del artículo 334 de la C. P. ya que no puede limitarse o restringirse los derechos fundamentales y las pensiones punto ligado a la seguridad social, y tampoco conforme al art. 167 del CGP Colpensiones acreditó cual sería esa afectación fiscal o financiera; también indicó que no se puede equiparar el traslado voluntario previsto en el art. 2 de la Ley 797 que modificó el art. 13 de la Ley 100 de 1993 con la ineficacia del traslado discutida en el presente asunto. No accedió a la pretensión subsidiaria por cuanto prosperaron las pretensiones principales. No impuso condena en costas a las demandadas dado que ambas entidades no podían en vía administrativa declarar la ineficacia de la afiliación por falta de consentimiento informado, siendo necesaria la intervención judicial; además que en el caso de Colpensiones dicha entidad no tuvo injerencia en el traslado de régimen pensional que en su momento efectuó el demandante.

V. RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A.

El apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A. apeló parcialmente la decisión, en cuenta a la condena impuesta a su representada de trasladar a COLPENSIONES lo relativo a los gastos o comisiones de administración deducidas de la cuenta de ahorro individual del demandante, ya que dicha figura está direccionada a retribuir la gestión desarrollada por las administradoras de pensiones que hacen parte del sistema general de pensiones, luego dicha comisión no es del afiliado, pues tanto

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



en el RAIS como el régimen de prima media la ley dispone dicho porcentaje a favor de las AFP, por lo tanto, ordenar la devolución de dicho concepto generaría un enriquecimiento sin causa y un pago de lo no debido a favor de Colpensiones. Agrega que la comisión de administración no hace parte de los recursos pensionales dirigidos a financiar las prestaciones económicas que ofrece el sistema pensional, una vez se cumplen con los requisitos legales, que su apadrinada realizó una adecuada gestión de la cuenta de ahorro individual del demandante, generándole una rentabilidad acorde a las directrices legales y de la Superintendencia Financiera, rentabilidad que en virtud de la ineficacia declarada por el a quo se ordenó también a trasladar a Colpensiones, por lo que en aplicación de las restituciones mutuas, no resulta procedente ordenar a la AFP Protección asumir el valor de la comisión de administración, ya que ello constituye una violación al principio constitucional de buena fe y confianza legítima, porque se ordena judicialmente devolver unas sumas que tiene un titular definido, en este caso Protección S.A.

COLPENSIONES

Por su parte, el vocero judicial de COLPENSIONES apeló la decisión arguyendo que, el a quo no tuvo en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema genera de pensiones conforme al art. 48 de la C.P. y el artículo 1 del A. L 01 de 2005.

VI. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Siendo la anterior decisión adversa a la demandada COLPENSIONES, debe esta Sala avocar el grado jurisdiccional de consulta en los puntos que no fueron materia de apelación, 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.

VII. CONTROVERSIA JURÍDICA

Conforme a los recursos de apelación impetrado por los apoderados judiciales de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A. y el grado jurisdiccional de consulta, deberá resolver i) si es dable o no declarar la ineficacia de la afiliación y/o traslado al RAIS del demandante efectuada a la AFP POTECCIÓN S.A.; ii) determinar si la declaratoria de ineficacia comporta la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y de garantía de pensión mínima: iii) establecer si la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el actor afecta el principio de sostenibilidad financiera y iv) analizar si la excepción de prescripción está o no llamada a prosperar.

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



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

Estimamos aplicables:

- Artículo 53 CN
- Artículos 13, 14 y 488 del C.S.T.
- 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 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.
- **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.

IX. 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 REGIMEN EFECTUADO POR LA DEMANDANTE

En el sub examine se observa formato de vinculación a la AFP PROTECCIÓN S.A. de fecha 1 de marzo de 2003, mediante el cual el demandante efectuó su vinculación al RAIS, tal como se advierte a folio 20 del escrito de contestación de la demanda de la AFP PROTECCION S.A., en dicho formulario se advierte al final un recuadro denominado “voluntad afiliado” en el que se consignó lo siguiente:

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 DECISION
SALA LABORAL



| | | | |
|---|--|---|---|
| DECLARO BAJO JURAMENTO QUE LOS ANTECEDENTES DEL TRABAJADOR INCLUIDOS EN EL PRESENTE CONTRATO SON LOS QUE CORRESPONDEN A LA INFORMACION QUE ME HA SIDO SUMINISTRADA. | | VOLUNTAD DE SELECCION Y AFILIACION HAGO CONSTAR QUE LA SELECCION DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CONSOLIDADO LO HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS. | |
| FIRMACION NOMBRE REPRESENTANTE LEGAL DE LA EMPRESA NIT. O.C.C. 891.000.695-1 | | FIRMA DEL AFILIADO C.C. 73.139.983. | |
| ESPACIO PARA LA AFILIACION SELLO Y FIRMA AUTORIZADA O DEL REPRESENTANTE LEGAL. | | IDENTIFICACION DEL EJECUTIVO NOMBRE: David Bojanini Garcia CEDULA No. 45.446.444 % COMISION | IDENTIFICACION DEL TITULAR O EXTERNO NOMBRE: CEDULA No. % COMISION |
| NOMBRES Y APELLIDOS DAVID BOJANINI GARCIA | | FIRMAS | |
| ABRIL / 99 | | F 03001 | |

- ORIGINAL PROTECCION - 1a. COPIA EMPLEADOR - 2da. COPIA AFILIADO - VER INSTRUCCIONES AL RESPALDO

De igual manera, viene demostrado que el demandante venía vinculado al ISS desde el marzo de 1993 a diciembre de 1994, conforme a la historia laboral aportada por la AFP PROTECCIÓN S.A. al contestar la demanda (fls 22 a 30).

Ahora bien, al analizar las pruebas aportadas al plenario, esto es, las documentales referentes al formato de vinculación al RAIS suscrito por el actor, se pudo concluir que la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. 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.

Debe recordarse que la sola suscripción del formato de vinculación o traslado, no es suficiente para considerar que la AFP PROTECCIÓN S.A. cumplió con su obligación de informar e ilustrar suficientemente al 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 de Justicia 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.

Y en tal sentido, es equivocado creer que cuando se verificó la afiliación del actor a dicho fondo, esto es, 1 de marzo de 2003 no existía la obligación de informar adecuadamente sobre que fuera libre, voluntaria y bien informada.

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,

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



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 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

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



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. 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 tal como lo manifestó el demandante en el interrogatorio, lo cual no fue desvirtuado por la demandada 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 suficientemente acreditado que al demandante se le suministraron los elementos de juicio necesarios para tomar adecuadamente la decisión de trasladarse al régimen de ahorro individual, luego sí 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 criterio de la Sala, las pruebas recabadas indican que no hubo consentimiento informado, una decisión documentada, precedida de explicaciones claras sobre las características del sistema al que se trasladaba el demandante, lo que a juicio de esta Colegiatura hace ineficaz el traslado.

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 afiliada 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 traslados, 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.

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



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

En cuanto a que la declaratoria de ineficacia del traslado o la afiliación al RAIS trae como consecuencia que PROTECCIÓN S. A. deba reintegrar a COLPENSIONES en favor del actor 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 adoctrinado, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL8777-2020...”

De igual manera, en reciente 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.”

Adicionalmente, precisa la Sala que el traslado que aquí se ordena deviene del incumplimiento del deber de información por parte de la AFP PROTECCIÓN 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 el actor 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 éste hubiera hecho durante toda su vida laboral y que la AFP PROTECCIÓN 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.

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



En cuanto a las restantes excepciones de fondo propuestas por COLPENSIONES al contestar la demanda, no están llamadas a prosperar pues la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional del 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.

Por las consideraciones precedentes se confirmará la sentencia apelada.

X. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. Se autoriza a la Secretaría de esta Sala, teniendo en cuenta que no hay más gastos que liquidar, que una vez allegado el expediente del sub lite a dicha dependencia y ejecutoriada la providencia, proceda a enviar el mismo al juzgado de origen.

XI. 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:

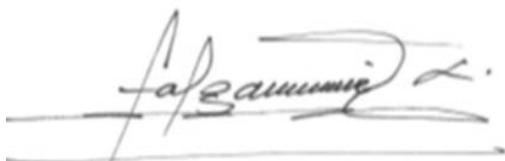
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada de fecha 18 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cartagena dentro del presente proceso ordinario laboral promovido **JAIME ALFONSO OLIVARES TAYLOR** contra **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las consideraciones antes expuestas.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la demandada **PROTECCIÓN S.A.**, fíjense las agencias en derecho en cuantía de 1 SMLMV. Se autoriza a la Secretaría 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 PUBLÍQUESE


CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS
Magistrado Sala Laboral

CARLOS F. GARCIA SALAS
Magistrado Ponente



FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA
Magistrado


JOHNNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS
Magistrada