

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
SALA CIVIL - FAMILIA - LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2018-00058-01
DEMANDANTE: ATILIO ARAUJO MURGAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTROS
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

Valledupar, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Vencidos los términos para alegar, el magistrado ponente en asocio de los demás magistrados que conforman la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, conforme a las facultades conferidas por el artículo 15 del Decreto 806 del 2020, procede en forma escritural a resolver el recurso de apelación propuesto contra la sentencia proferida el 24 de mayo de 2019, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, en el proceso ordinario laboral promovido por Atilio Araujo Murgas contra la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Persigue el demandante se declare la nulidad del traslado de régimen que efectuó el 19 de marzo de 1996, del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el extinto I.S.S., hoy Colpensiones, a

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN:	20001-31-05-004-2018-00058-01
DEMANDANTE:	ATILIO ARAUJO MURGAS
DEMANDADO:	PORVENIR SA Y OTROS
DECISIÓN:	MODIFICA LA SENTENCIA

la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. – en adelante Porvenir. En consecuencia, solicita que se ordene a Porvenir devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de esa afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y rendimientos que se hubieren causado.

2. FUNDAMENTOS DE HECHO

En síntesis, relatan los hechos de la demanda que Atilio Araujo Murgas cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, desde el 4 de octubre de 1983 hasta el 19 de marzo de 1996, fecha en la que se produjo su afiliación al fondo de pensiones Porvenir.

Adujo que, al momento de realizarse el traslado de régimen del actor no hubo información por parte de la gestora de pensiones acerca de las consecuencias de esa decisión y tampoco se le brindó asesoría o explicaciones sobre las ventajas o desventajas que ello conllevaba.

Señaló que el demandante nunca tuvo contacto o comunicación con algún funcionario de Porvenir, en razón que el formulario le fue enviado en blanco a su lugar de trabajo, para que lo firmara como requisito de ley para la afiliación a salud, pensión y cesantías. Como consecuencia de ello, no tuvo opción de escoger otro formulario de afiliación y lo suscribió convencido que con ese fondo le amparaban los mismos derechos, resultando asaltado en su buena fe e ignorancia.

Indicó que, el día 29 de noviembre de 2017, solicitó a Porvenir que declarara la nulidad de la afiliación, dado que, al confrontar el cálculo pensional entre ambos regímenes, resultaba claro que la información brindada por el fondo privado se basó en información errónea, mala fe y abuso del poder dominante.

Concluyó informando que elevó solicitud ante Colpensiones y la UGPP, en fechas 28 de noviembre de 2017 y 25 de enero de 2018, respectivamente, buscando que se efectuara el traslado de la afiliación del actor desde el RAIS hacia el RDPM, por considerar que se vulneraron sus derechos adquiridos bajo el régimen de transición.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2018-00058-01
DEMANDANTE: ATILIO ARAUJO MURGAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTROS
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

3. ACTUACIÓN PROCESAL

Por venir en legal forma, la demanda fue admitida mediante auto del 4 de abril de 2018 y, una vez notificado ese proveído a las demandadas, procedieron a dar respuesta dentro del término legal para hacerlo, en los siguientes términos:

3.1. Colpensiones: Contestó afirmando que el actor registra aportes al RPMDP, no desde la fecha aducida en el escrito inicial sino a partir del 21 de septiembre de 1989, dijo no constarle los demás hechos. Sostuvo que no deben prosperar las pretensiones de la demanda, en razón que, al 1° de abril de 1994, el señor Araujo Murgas no contaba con los 15 años de servicios requeridos para la procedencia del traslado de régimen deprecado.

En desarrollo de su oposición, invocó como excepciones de mérito la «*Falta de legitimación en la causa por pasiva*», «*Inexistencia de las obligaciones reclamadas*», «*Cobro de lo no debido*», «*Prescripción*», «*Buena fe*» y «*Compensación*».

3.2. UGPP: Contestó manifestando no constarle los hechos de la demanda, debido a que se trata de circunstancias fácticas atinentes a terceros. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, esgrimiendo que la parte actora «*(...) no es beneficiaria de que las AFP del régimen de prima media acepten el traslado, pues le hacen falta menos de 10 años para cumplir con los requisitos pensionales (...)*».

Como excepciones perentorias propuso la «*Falta de legitimación en la causa por pasiva*», «*Inexistencia de la obligación*» y «*Prescripción*».

3.3. Porvenir: Al pronunciarse sobre los hechos, admitió la fecha de traslado del actor a esa gestora y la presentación de la reclamación de ineficacia del mismo, negó otros y dijo no constarle los demás, por tratarse de situaciones ajenas a la entidad. Expuso que el formulario que firmó el actor de manera libre y voluntaria constituye prueba formal del consentimiento informado que recibió por parte de la AFP.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2018-00058-01
DEMANDANTE: ATILIO ARAUJO MURGAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTROS
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

Se opuso a la totalidad de las pretensiones argumentando que no existió vicio alguno en el consentimiento expresado por el demandante al momento de vinculación a la AFP, que la gestora no faltó a su deber de información respecto del actor y que, por el contrario, lo que mostró la conducta del actor fue su intención de continuar en el RAIS, en razón que hizo cotizaciones, solicitó expedición de bonos y no hizo uso del derecho de retracto a su disposición. Añadió que el demandante no cumple con los requisitos establecidos por la ley para el traslado al régimen de prima media por edad ni por semanas o tiempos de servicios, pues las razones que aduce no son suficientes para invalidar la afiliación a Porvenir.

En su defensa, propuso las excepciones que denominó «*Prescripción de la acción de nulidad*», «*Inexistencia de la obligación*», «*Validez del traslado del actor al RAIS a través de la vinculación al fondo de pensiones obligatorias administrado por Protección y ratificado ante Porvenir*», «*Ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Porvenir*», «*Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido*» y «*Buena fe*».

4. SENTENCIA APELADA

Concluyó el trámite de primera instancia mediante sentencia de fecha 24 de mayo de 2019, donde se resolvió declarar la *nulidad* del traslado que realizó el demandante, en fecha 19 de marzo de 1996, del antiguo Instituto de Seguros Sociales a Colpensiones. En consecuencia, condenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones «*(...) la totalidad de lo ahorrado por el demandante Atilio Araujo Murgas en su cuenta de ahorro individual, el bono pensional, los rendimientos, y demás sumas de dinero recaudadas desde el 19 de marzo de 1996 hasta la fecha en que se traslade a Colpensiones las sumas indicadas*»; ordenó a Colpensiones activar la afiliación del demandante, recibiendo los conceptos antes referidos y absolvió de las pretensiones restantes.

Para arribar a esa decisión, trajo a colación la normatividad y jurisprudencia que rigen la materia, para concluir que son las AFP tienen el deber de suministrar información suficiente y clara de las consecuencias del traslado, asistiéndoles la carga de probar el cumplimiento de esa obligación

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2018-00058-01
DEMANDANTE: ATILIO ARAUJO MURGAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTROS
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

en todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la terminación de las condiciones para el disfrute pensional.

Explicó que a las gestora les asiste el deber de proporcionar a sus posibles afiliados una información completa y comprensiva, a la medida de la asimetría que ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en una materia de alta complejidad, entendiéndose que el engaño no solo se produce en lo que se afirma sino en los silencios que guarda el profesional.

Trajo a colación que el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, contempla que la selección de gestora debe ser libre y voluntaria, pues de desconocerse ese derecho se aplicará el artículo 271 ibidem, dicha afiliación quedará sin efectos, ello bajo el entendido de que la validez de ese acto presupone conocimiento, el cual se da cuando se informa claramente de los riesgos del traslado y a su vez los beneficios.

Al descender al caso concreto, expuso que la carga de la prueba se encontraba a cargo de la demandada, no solo por ser a quien se atribuye el incumplimiento del deber de información, sino por la carga dinámica de la prueba, dada su proximidad a la prueba y las condiciones técnicas institucionales. Que, en ese sentido, le correspondía a la gestora acreditar que el traslado de Atilio Araujo Murgas se efectuó con el lleno de requisitos para su validez, es decir, que se hizo de manera libre, voluntaria, sin presiones y con la certeza de que se brindó la información sobre las ventajas y desventajas de ese acto.

Expuso que el demandante declaró en interrogatorio de parte que al momento de la afiliación no se encontraba presente ningún asesor de Porvenir y que le fue entregado el formulario sin informársele nada, versión corroborada por los testigos escuchados en juicio.

Que Héctor Raúl Flórez Arias tuvo conocimiento de la vinculación del demandante a la oficina de la Procuraduría ubicada en Chiriguana, dado que allí también prestó sus servicios como Secretario y Coordinador Administrativo; manifestó que a ninguno de los funcionarios de esa entidad

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2018-00058-01
DEMANDANTE: ATILIO ARAUJO MURGAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTROS
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

se les dio asesoría de las beneficios y desventajas del régimen pensional; que inicialmente se hicieron charlas con los empleados de la Procuraduría, pero que solo se dieron en 1994 y luego solo dejaban los formatos para que el funcionario que se posesionara los diligenciara.

Resumió que el testigo Yesid Fernando Daza Ariza trabajó en la Procuraduría General de la Nación, que tenía como funciones recibir los paquetes de formatos y se los entregaba a cada uno de los empleados para que los diligenciaran y luego eran devueltos a la oficina de Recursos Humanos Bogotá. El declarante añadió que percibió que los asesores iban a la oficina para captar afiliados, pero no tuvo certeza de que ellos dieran información de la conveniencia o no del traslado de régimen pensional al demandante.

Con ello, consideró el juzgador que no se probó siquiera sumariamente que el demandante hubiera sido informado de las consecuencias del cambio de régimen y menos aún de sus desventajas, dado que tampoco se evidencia que, al momento del traslado, se hubiera efectuado la proyección de su pensión en uno u otro régimen; y tampoco se le informó en qué condiciones le sería reconocido su derecho pensional, esto es, especificándole el capital que debía ahorrar a efectos de cumplir con dicha expectativa.

Aclaró, que el formulario de afiliación no suple el medio de prueba echado de menos, en razón que, de conformidad con la recurrente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, las afirmaciones consignadas en ese formato no son suficientes para dar por demostrado el deber de información que le ha asistido siempre a la accionada.

Finalmente, en relación con la excepción de prescripción, dispuso que la reclamación presentada por el actor ante Porvenir interrumpió el término trienal previsto para su consumación, verificándose que la demanda se presentó antes del vencimiento de ese plazo. Bajo esos supuestos, sumado a las resultas del proceso, declaró no probadas las excepciones restantes y condenó en costas a la AFP Porvenir.

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN:	20001-31-05-004-2018-00058-01
DEMANDANTE:	ATILIO ARAUJO MURGAS
DEMANDADO:	PORVENIR SA Y OTROS
DECISIÓN:	MODIFICA LA SENTENCIA

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte demandada Porvenir SA la apeló aduciendo que la juzgadora no tuvo en cuenta que el demandante se afilió al RAIS tres años después de la expedición de la Ley 100 de 1993, la que tuvo publicidad y cuyo contenido fue explicado en medios de amplia circulación.

Esgrimió que no se demostró la existencia de un vicio en el consentimiento y que, por el contrario, los testigos demostraron que la gestora hizo jornadas de capacitación y charlas en el sitio de trabajo del demandante, ello aunado a que, el actor, de forma voluntaria, solicitó la afiliación ante Porvenir SA, debido a que se le ponían de presente todos los formularios y opciones para que se afiliara al régimen o entidad pensional que considerara, eligiendo finalmente a la demandada.

Agregó que, según lo previsto en el Decreto 1642 de 1995, el formulario de traslado tiene validez por tener la firma del afiliado plasmado en él, máxime si se tiene en cuenta que el demandado no hizo uso del derecho de retracto ni del del periodo de gracia habilitado por la ley 797 de 2003. En ese sentido, resaltó que Atilio Araujo Murgas es profesional del derecho, por lo que tiene acceso y conocimiento a los contenidos de las normas que se profieren en el país.

Concluyó reseñando que, solo con la expedición de la ley 1748 de 2014 se obligó a las AFP a dejar constancia por escrito de la asesoría brindada a los posibles afiliados, pues antes de su vigencia, las gestoras solo soportaban la obligación de brindar información verbalmente, tal como lo demostraron los testigos.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el traslado de rigor, en los términos señalados en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, intervinieron los apoderados judiciales de las gestoras de pensiones Porvenir y Colpensiones esgrimiendo, en síntesis, los mismos argumentos invocados durante el trámite de primera

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2018-00058-01
DEMANDANTE: ATILIO ARAUJO MURGAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTROS
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

instancia y el recurso de alzada, solicitando la revocatoria de la decisión del *a quo*.

La parte demandante no allegó pronunciamiento y la UGPP reiteró su conformidad con la determinación de primer grado.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El consabido presupuesto procesal de demanda en forma, capacidad para ser parte, capacidad procesal y competencia se hallan cumplidos en el presente caso, motivo por el cual el proceso se ha desarrollado normalmente. Desde el punto de vista de la actuación tampoco observa la Sala causal de nulidad que pueda invalidar el proceso, lo que obliga a adoptar una decisión de fondo.

La Sala resolverá el recurso en los estrictos términos en que fue formulado, de conformidad con el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que modificó el artículo 66-A del CPTSS.

1. PROBLEMA JURÍDICO

Acorde con el recurso de apelación, encuentra la Sala que el problema jurídico en alzada se ciñe a determinar si erró el fallador de primera instancia por haber declarado la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS, con el consecuente traslado de los aportes con destino al RPMPD, administrado por Colpensiones.

2. TESIS DE LA SALA

La respuesta que se dará al problema jurídico planteado es el acierto de la sentencia de primera instancia, debido a que Porvenir SA no cumplió con su carga de probar que dio cumplimiento a la gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento, como el inexcusable deber de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2018-00058-01
DEMANDANTE: ATILIO ARAUJO MURGAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTROS
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado.

3. DESARROLLO DE LA TESIS

La ley 100 de 1993 estableció en Colombia un modelo dual en el sistema general de pensiones, donde coexisten dos regímenes, el primero, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS–, administrado por los fondos privados de Pensiones, y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPDPD– administrado por el antes Instituto de los Seguros Sociales, liquidado en el 2012, lo asumió la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, amén de los regímenes especiales para las fuerzas militares, la policía y el magisterio.

Por su parte, el artículo 13 de la ley 100 del 1993 establece la libertad de escogencia de régimen pensional, así como los presupuestos básicos para la procedencia de traslado entre los regímenes:

“ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo [271](#) de la presente ley. (...)”

e. Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (...)

No obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en proveído CSJ SL1688-2019, planteó algunos requisitos y reglas que deben cumplirse para dotar de eficacia el traslado de régimen pensional, concluyendo que: (i) desde su creación, las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) la simple afirmación en un formato pre impreso de haberse

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2018-00058-01
DEMANDANTE: ATILIO ARAUJO MURGAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTROS
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

trasladado de régimen de manera libre y voluntaria no es suficiente para la validez del acto; (iii) la carga de la prueba se invierte en favor del demandante que no recibió la información debida cuando se afilió, y (iv) no se restringe el alcance de la jurisprudencia de la Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato.

Previo a realizar el análisis de los reparos formulados contra la sentencia de primer grado, debe dejarse sentado que durante el desarrollo del juicio se acreditó, y no fue reprochado en sede de alzada, que Atilio Araujo Murgas cotizó al RPMPD, desde el 21 de septiembre de 1989 (fl. 65); se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 9 de marzo de 1995 (fl. *ibid.*) y se trasladó a Porvenir SA, en fecha 19 de marzo de 1996 (fl. 193).

Ahora, en punto al recurso de apelación, la vocera judicial de la demandada argumentó, en síntesis, que no se demostró la existencia de un vicio en el consentimiento, que el formulario de afiliación suscrito por el actor muestra su decisión libre de pertenecer a ese régimen y que sus actos posteriores, como no hacer uso del derecho de retracto o del periodo de gracia otorgado la ley 797 de 2003, indican que su voluntad era permanecer en el RAIS.

Para dar respuesta a esos reparos, como se previno en líneas anteriores, resulta necesario recordar que, cuando el afiliado afirma que no se le suministró la información pertinente para adoptar su decisión de traslado, la discusión se ubica en el escenario de una negación indefinida que traslada la carga de la prueba a la AFP, quien deberá acreditar que no hubo asimetría de la información y demostrar de forma certera que, cuando ocurrió la traslación entre regímenes, el afiliado contaba con los elementos de juicio suficientes para decidir de forma libre, voluntaria e informada¹.

Respecto a esa obligación, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1688-2019, previamente citada, se pronunció sobre la validez de las declaraciones vertidas a través de formatos pre-impresos para acreditar el cumplimiento del deber de información de la gestora:

¹ (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4373-2020 y CSJ SL587-2021).

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2018-00058-01
DEMANDANTE: ATILIO ARAUJO MURGAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTROS
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

“(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ 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 lo visto, contrario a lo señalado por la apelante, resulta claro que la carga de la prueba de la debida orientación se encuentra en cabeza de la AFP y que el simple consentimiento del afiliado, vertido en el formulario de afiliación no es suficiente, pues no refleja que haya dado una verdadera aprobación *informada*, dado que no es viable inferir de su contenido que se ilustró al 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.

Nótese que, en el asunto de marras, los elementos de convicción documentales, el interrogatorio de parte, así como los testimonios

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2018-00058-01
DEMANDANTE: ATILIO ARAUJO MURGAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTROS
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

practicados durante el trámite de primera instancia, no reflejan que se hubiera realizado un comparativo de características, desventajas y ventajas de los dos regímenes y las consecuencias, así como los riesgos de cualquier decisión por parte del demandante.

Según la censora, con los testimonios recaudados durante el juicio se demostró que la gestora de pensiones llevó a cabo jornadas de capacitación en el sitio de labores del demandante, cumpliendo así con su deber de asesoría al potencial afiliado. Sin embargo, debe advertirse que tales actividades, *per se*, no son suficientes para considerar agotada la obligación en cabeza de la AFP o tener por acreditado ese supuesto, ello, teniendo en cuenta que lo declarado indica que esas jornadas se llevaron hasta 1994, es decir, dos años antes del acto de traslado y tampoco se refirió concretamente que Atilio Araujo Murgas hubiere estado presente en alguna. Aunado a ello, nada se dijo sobre el contenido de esas *charlas* o de lo ventilado en ellas, por lo que ninguna certeza ofrece esa afirmación sobre la enunciación de los beneficios y, tal vez más importante, las posibles desventajas que conllevaba ese acto de traslado.

Al respecto, se debe precisar que la obligación de la AFP no se limita a brindar información sobre los beneficios del RAIS y los motivos por los que debía transferirse a dicho régimen. En estos asuntos, es cardinal tener en cuenta que no basta exponer y sobredimensionar las bondades de un solo sistema, pues lo realmente necesario es lograr una simetría de la explicación consistente en que la persona cuente con todos los elementos indispensables y suficientes, para que, en su caso concreto, tome la decisión que considere más beneficiosa, evaluando los aspectos positivos pero también los negativos.

Con ello en cuenta, contrario a lo sostenido por la recurrente, lo que se acredita con el testimonio de Héctor Raúl Flórez Ariza es que la obligación de la gestora fue desatendida. En efecto, el deponente dejó claro que ninguno de los funcionarios de la oficina donde laboró el actor recibió asesoría de los beneficios y desventajas del régimen pensional, ello en razón que los formatos eran entregados para su diligenciamiento, pero sin presencia o asesoría previa de un funcionario de la AFP.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2018-00058-01
DEMANDANTE: ATILIO ARAUJO MURGAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTROS
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

El testimonio de Yesid Fernando Daza Ariza tampoco lleva al convencimiento contrario, dado que indicó haber percibido que los asesores de la AFP se presentaban en la oficina del actor para captar clientes, pero dijo que no tuvo certeza de que esos funcionarios le hubieran suministrado al demandante información de la conveniencia o desventaja que podría traer consigo el traslado de régimen.

Bajo ese contexto, en nada ayuda a la prosperidad de los medios exceptivos invocados por la parte demandada los testimonios recepcionados, dado que ellos no suplen la orfandad probatoria frente a la carga se encontraba en cabeza de la AFP demandada, que resultó claramente desatendida.

Tampoco puede acogerse el argumento tendiente a señalar que el prolongado paso del tiempo, el grado de publicidad en medios de comunicación del contenido de la norma, así como la omisión del uso del derecho de retracto u otra oportunidad para efectuar el traslado, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigerar los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; por lo que también se desestiman los reparos invocados en ese sentido².

Finalmente, resulta inadmisibles la inferencia de la recurrente al expresar que dada su condición de abogado, el demandante tenía los conocimientos suficientes de cada uno de los regímenes, lo que le permitió conocer el impacto de su traslado al RAIS. Tal argumento carece de sustento, entre otras razones, porque no todos los profesionales del derecho están informados ni capacitados en un tema tan técnico, específico e hiper regulado, en donde no solamente se manejan conceptos jurídicos, sino de movimientos bursátiles, actuariales, accionarios y financieros de alta complejidad³.

² CSJ SL5688-2021

³ CSJ SL3794-2021

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN:	20001-31-05-004-2018-00058-01
DEMANDANTE:	ATILIO ARAUJO MURGAS
DEMANDADO:	PORVENIR SA Y OTROS
DECISIÓN:	MODIFICA LA SENTENCIA

En resumen, ante el descuido de la AFP de su carga probatoria, es dable concluir que el afiliado desconocía la repercusión que tenía la decisión de traslado de régimen sobre sus derechos pensionales, lo que torna ese acto ineficaz, de acuerdo con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, la jurisprudencia reseñada tiene establecido que la trasgresión al deber información cuando se realiza un cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia. Tal declaratoria conlleva privar de todo efecto jurídico práctico al traslado que realizó el actor a Porvenir, es decir, como si no se hubiera dado. En otras palabras, implica declarar que siempre estuvo afiliado a régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por Colpensiones.

Bajo previsión del artículo 69 del CPTSS, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de Colpensiones, debe advertirse que la decisión adoptada no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, dado que los recursos que debe reintegrar el fondo privado demandado a Colpensiones serán utilizados para el eventual reconocimiento pensional, con base en las reglas del RPMPD, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

En consecuencia, para dotar la decisión de precisión conceptual, se modificará el ordinal primero de la sentencia de primer grado, en cuanto declaró la “*nulidad*” de la afiliación para, en su lugar, dar claridad que lo que se declara es la ineficacia. De igual forma, se reformará el ordinal segundo de la providencia del *a quo*, para condenar a Porvenir a devolver a Colpensiones la totalidad de lo consignado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos financieros, bonos pensionales, porcentaje de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos; aclarando que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC aportes y demás información relevante que los justifiquen.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2018-00058-01
DEMANDANTE: ATILIO ARAUJO MURGAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTROS
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

En lo demás, se confirmará la sentencia de primer grado.

Al no salir avante el recurso, se condenará en costas a la parte demandada Porvenir SA, tal como lo ordena el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto el Tribunal administrando justicia en nombre de la República de Colombia y Por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal PRIMERO de la sentencia de primera instancia, el cual quedará así:

PRIMERO: Declarar ineficaz el traslado de Atilio Araujo Murgas a Porvenir SA. En consecuencia, para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar Porvenir a devolver a Colpensiones, además de lo ordenado en ese ordinal, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los valores correspondientes a cuotas de administración, junto con sus respectivos rendimientos e intereses, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, respecto del afiliado Atilio Araujo Murgas.

Parágrafo: al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

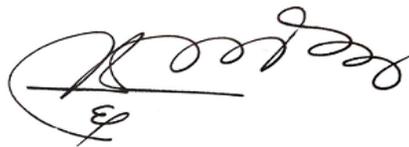
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2018-00058-01
DEMANDANTE: ATILIO ARAUJO MURGAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTROS
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

CUARTO: Costas a cargo de la parte recurrente. Como agencias en derecho a favor del demandante, y contra Porvenir SA, se fija la suma de un salario mínimo legal vigente. Liquidense concentradamente por el juez de primera instancia.

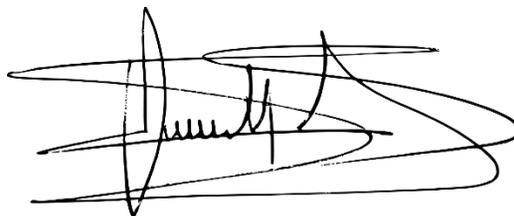
QUINTO: En firme esta decisión, vuelva el expediente a su lugar de origen para lo pertinente.

Por razones de salud pública que aqueja al país y al mundo actualmente debido a la propagación del virus Covid-19 y con ocasión a las medidas de distanciamiento social adoptadas por el presidente de la República y el Consejo Superior de la Judicatura, se deja expresa constancia que esta providencia circuló a los demás Magistrados que componen esta Sala de manera virtual y su aprobación se hizo por el mismo medio.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado Ponente



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado