

**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: 20001-31-05-001-2019-00262-01
DEMANDANTE: JESÚS ELIECER CASTILLA ORTIZ
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA 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 Cuarta de Decisión, conforme a las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede en forma escritural a resolver los recursos de apelación propuestos contra la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2020, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, en el proceso ordinario laboral promovido por Jesús Eliecer Castillo Ortiz contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir SA y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Persigue el demandante que se declare la nulidad del traslado de régimen que efectuó a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. – en adelante Porvenir y el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones. En consecuencia, que se ordene a Porvenir devolver al sistema todos los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00262-01
DEMANDANTE: JESÚS ELIECER CASTILLA ORTÍZ
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

2. FUNDAMENTOS DE HECHO

En síntesis, relatan los hechos de la demanda que Franklin Mejía Padilla cotizó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, hoy administrado por Colpensiones, desde el año 1979 hasta que se produjo su traslado a Porvenir, en el año 1996.

Adujo que el traslado de régimen se efectuó sin que mediara asesoría, información o explicación alguna acerca de las consecuencias, ventajas o desventajas de ese acto, omisión que causó un detrimento al derecho pensional del demandante.

Señaló que, en fecha 20 de agosto de 2019, presentó derecho de petición solicitando a Porvenir varios documentos, entre ellos la simulación o proyección de las mesadas pensionales que recibiría en el RAIS, sin embargo, a la fecha de la presentación de la demanda, la gestora no dio respuesta.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 21 de octubre de 2019¹, y una vez notificado ese proveído a las demandadas, procedieron a dar respuesta dentro del término legal para hacerlo, como sigue:

3.1. Colpensiones: Se pronunció admitiendo la fecha de afiliación del demandante a esa gestora, mientras que dijo no constarle los demás hechos de la demanda; se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo que en el presente asunto se no cumple con el requisito previsto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, para acceder al traslado pretendido, dado que al actor le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Agregó que la validación de requisitos de traslado de regímenes debe efectuarse por parte de la administradora del fondo privado en que se encuentre el afiliado, no correspondiéndole dicha actuación a Colpensiones.

¹ Folio 57 del Cuaderno de primera instancia

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00262-01
DEMANDANTE: JESÚS ELIECER CASTILLA ORTÍZ
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

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» y «Buena fe».

3.2. Porvenir: Se opuso a la nulidad pretendida, argumentando que la afiliación del demandante a esa gestora fue producto de una decisión libre voluntaria e informada, tal como consta en el formulario de vinculación, y no acreditó la parte actora que en ese momento su consentimiento estuviere viciado, o que esa gestora hubiere ejecutado conductas dolosas contra su derecho de afiliación al sistema, presupuesto necesario para tal declaratoria, conforme lo prevé el artículo 271 de la ley 100 de 1993.

Sostuvo que al afiliado siempre se le garantizó el derecho de retracto y la posibilidad de traslado habilitada por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, pero no hizo uso de los mismos. Agregó que después de 21 años de la afiliación al RAIS, el demandante tuvo tiempo suficiente para ampliar la información sobre las características del régimen, expresar su inconformidad o solicitar el traslado de régimen de AFP, sin embargo decidió hacerlo cuando se encuentra incurso en la prohibición prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

En su defensa, propuso las excepciones que denominó «Prescripción», «Buena fe» e «Inexistencia de la obligación».

4. SENTENCIA APELADA

Concluyó el trámite de primera instancia mediante sentencia de fecha 19 de noviembre de 2020, donde se resolvió declarar la ineficacia de la afiliación de Jesús Eliecer Castilla Ortiz a Porvenir, entendiéndose que, para todos los efectos legales, el afiliado nunca se trasladó al RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el RPMPD. En consecuencia, ordenó a Porvenir devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00262-01
DEMANDANTE: JESÚS ELIECER CASTILLA ORTÍZ
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

Para arribar a esa decisión, trajo a colación la normatividad y jurisprudencia que rigen la materia, para concluir que son las AFP las que tienen sobre sus espaldas el deber probatorio, de acreditar suficientemente que suministró al futuro cliente la información clara concreta y precisa acerca de las ventajas y desventajas del cambio del régimen de prima media al de ahorro individual, las diferencias entre uno y otro, para que el cliente decidiera con pleno conocimiento que consecuencias derivaban para su derecho pensional el traslado que le proponían.

Expuso la gestora no demostró que el demandante recibió una asesoría veraz suficiente y oportuna, que le permitiera a éste conocer y distinguir plenamente los costos beneficios de ese traslado, puesto que, si bien en el formulario pre-impreso que firmó aparece que escogió en forma libre, espontánea y sin presiones el RAIS, así como la selección de Porvenir, en ese momento Horizonte, para administrar sus aportes pensionales; esas precisiones no conducen al convencimiento de que para ese momento contaba con la información echada de menos.

Resaltó que la omisión de información de parte de Porvenir se traduce en que el traslado se produjo bajo condiciones de engaño, siendo procedente la declaratoria de ineficacia de ese acto, toda vez que en el escenario del afiliado que tenía cumplidos más de 41 años de edad, era su deber indicarle las inconveniencias de ese cambio, dado que no había duda que era beneficiario del régimen de transición, situación que pondría al afiliado en condición de pensionarse bajo el imperio de una norma distinta a la vigente, que podría serle inclusive más beneficiosa.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con lo decidido, Porvenir y Colpensiones interpusieron recursos de apelación, los que fueron formulados y sustentados, en el siguiente orden:

5.1. Porvenir: Solicitó la revocatoria de la decisión del *a quo* esgrimiendo que el traslado realizado por el actor en el año 1996 fue producto de una decisión libre, espontánea y carente de vicios del consentimiento.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00262-01
DEMANDANTE: JESÚS ELIECER CASTILLA ORTÍZ
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

Resaltó que, para la fecha en que se efectuó el traslado del actor, aunque tenían el deber de información frente al afiliado, no tenían la obligación de conservar una constancia escrita de la asesoría que se brindó a su cliente, pues ello se impuso con posterioridad, a través del concepto No. 215123910002 del 29 de diciembre de 2015, emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Reiteró que, luego de más de 20 años de estar afiliado al RAIS, el actor aduce que desconocía las implicaciones y funcionamiento del régimen, sin embargo, afirmación que resulta poco creíble, toda vez que Porvenir cumplió todas las exigencias estipuladas en la época, por lo cual no existe razón legal para ordenar el traslado de los aportes deprecado.

Sostuvo no hay lugar a que dicho fondo realice la devolución de los rendimientos nacidos de la buena gestión administrativa que hizo la AFP, por lo que, de declararse la ineficacia, bajo el entendimiento de que el demandante nunca se trasladó al RAIS, se tiene que esos rendimientos no habrían existido y, por ello, no hay lugar a devolverlos.

3.2. Colpensiones: Solicitó la revocatoria de la decisión, con fundamento en que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 del 2003, que prohíbe el traslado de régimen cuando al afiliado le falten 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, debiendo tenerse en cuenta que esa decisión produce la pérdida del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 *ibidem*, tal como fue analizado en la sentencia T-168 de 2009, proferida por la Corte Constitucional.

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00262-01
DEMANDANTE: JESÚS ELIECER CASTILLA ORTÍZ
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

De su orilla, el vocero judicial de la demandante solicitó la confirmación de la determinación de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES

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 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, sin embargo, aquellos puntos que no fueron objeto de reparo por las gestoras serán estudiados en el grado de consulta, en cuanto le sean adversos a Colpensiones, según lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, por tratarse de una institución de la cual es garante el Estado.

1. PROBLEMA JURÍDICO

Acorde con los recursos de apelación, encuentra la Sala que el problema jurídico en alzada se ciñe a determinar si acertó el fallador de primera instancia por haber declarado la nulidad del traslado efectuado por Jesús Eliecer Castilla Ortiz al RAIS, con la consecuente devolución de los aportes con destino al RPMPD, administrado por Colpensiones. En caso afirmativo, si la orden de devolución debe excluir los rendimientos y frutos producto de la administración de la AFP.

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,

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00262-01
DEMANDANTE: JESÚS ELIECER CASTILLA ORTÍZ
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado.

De igual forma, se avalará la decisión del *a quo*, en cuanto que, de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, la ineficacia del acto de traslado trae como consecuencia que los fondos privados de pensiones deban trasladar a la administradora del régimen de prima media el capital ahorrado y los rendimientos financieros, así como los gastos de administración, las comisiones, los frutos e intereses causados durante el tiempo en que el trabajador estuvo vinculado.

3. DESARROLLO DE LA TESIS

3.1. Grado jurisdiccional de Consulta

El artículo 14 de la Ley 1149 de 2007 introdujo una reforma al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo, que consistió en adicionar como sujeto procesal beneficiario de aquella garantía procesal a *«aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante»*, como la aquí demandada Colpensiones, de conformidad con lo explicado por la Corte Suprema de Justicia en providencias como la CSJ STL7382-2015 y CSJ AL4848-2015.

Bajo la regla contenida en el artículo antes referido, esta Colegiatura se encuentra habilitada para analizar todos los aspectos relevantes del pleito, con independencia de que hayan sido objeto específico de controversia con la decisión en el recurso de alzada², en cuanto le sean adversos a Colpensiones.

3.2. Validez del traslado efectuado entre regímenes pensionales

Previo a realizar el análisis de los problemas jurídicos formulados, debe dejarse sentado que durante el desarrollo del juicio se acreditó, y no fue reprochado en sede de alzada, que Franklin Mejía Padilla se afilió al RPMPD, desde el 28 de marzo de 1979 (fl. 15) y se trasladó a la AFP Horizonte, en fecha

² CSJ SL2462-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00262-01
DEMANDANTE: JESÚS ELIECER CASTILLA ORTÍZ
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

27 de noviembre de 1996 (fl. 119), gestora que se fusionó a Porvenir el 1° de enero de 2014.

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 –RPMPD– 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, imponiendo que la selección de cualquiera de ellos debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado; a su vez, el artículo 271 *ibidem* señala que, si se atenta contra el derecho a la libre afiliación, ésta quedará sin efecto y el artículo 272 de la misma ley prevé que la actuación que menoscabe la libertad, dignidad humana o derechos de los trabajadores perderá toda consecuencia jurídica.

La Corte Suprema de Justicia, a través de proveído CSJ SL1688-2019, en desarrollo de los mandatos de esos artículos, 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 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.

Descendiendo a los reproches formulados por la gestora de pensiones Porvenir, encuentra la Sala que ellos se fundamentan, en síntesis, sobre el argumento de que el traslado realizado por el actor fue producto de una decisión libre, espontánea y carente de vicios del consentimiento; que para la fecha en que se produjo ese acto, las administradoras de pensiones no

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00262-01
DEMANDANTE: JESÚS ELIECER CASTILLA ORTÍZ
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

tenían la obligación de conservar constancia de la asesoría que se brindó al cliente; y que, es poco creíble que Jesús Eliecer Castilla Ortiz afirme desconocer las implicaciones del traslado y funcionamiento del sistema después de 20 años de estar vinculado en ese régimen.

Al respecto, lo primero que debe decirse es que, de conformidad con las reglas antes reseñadas, una de las maneras de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, es omitir suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de régimen pensional. Por tanto, el estudio del elemento del consentimiento en el cambio de régimen no debe fundarse en la verificación de los vicios de error, fuerza o dolo relativos a la validez del acto, sino que debe centrarse en la constatación del cumplimiento del deber de información y buen consejo a cargo de las AFP.

Así lo dispuso el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en sentencia CSJ SL2208-2021:

*[...] el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general **cualquier persona** natural o jurídica **que impida o atente en cualquier forma** contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] **la afiliación respectiva quedará sin efecto**». Resaltado del texto original.*

Bajo esas premisas, lo que debe precisar el fallador para definir si el traslado surte efectos es la existencia de la voluntad efectivamente informada, en el entendido que es un deber profesional de las administradoras de fondos de pensiones brindar la información requerida para que el afiliado tome una decisión como la que se cuestiona, con conocimiento sobre sus implicaciones.

En ese sentido, es necesario tener en cuenta 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 al momento de su afiliación brindó las explicaciones

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00262-01
DEMANDANTE: JESÚS ELIECER CASTILLA ORTÍZ
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

suficientes y veraces sobre las consecuencias, características, riesgos, beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional, incumbiéndole demostrar que dio a conocer al asegurado de manera clara los efectos que podría acarrear ese cambio, información que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación, hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Atendiendo tales previsiones, no puede acogerse el argumento de la censora, respecto a la obligación de acreditación del cumplimiento de esa obligación por la gestora, dado que, atendiendo la trascendencia del consentimiento informado arriba explicado, se ha enfatizado que desde el comienzo mismo del funcionamiento del sistema general de pensiones, las administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, sobre todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes.

Así lo explicó la alta corporación, en sentencia CSJ SL1688-2019:

*(...) la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «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» (CSJ SL12136-2014).*

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008). (...)

Conforme tales mandatos, revisado el material probatorio allegado al proceso, no encuentra esta Sala la demostración del cumplimiento del deber de información explicado, tal como lo concluyó el juzgador de primera

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00262-01
DEMANDANTE: JESÚS ELIECER CASTILLA ORTÍZ
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

instancia. En efecto, solo obra el interrogatorio de parte rendido por el accionante, del cual no se deriva una confesión del hecho discutido, pues allí menciona que no recibió ninguna información y que decidió trasladarse porque «[...] llegó una muchacha representante de Porvenir y me hizo la aclaración de que debía pasarme al fondo privado porque según tenía entendido el seguro social se acababa»

Los documentos aportados al proceso tampoco logran acreditar el cumplimiento del deber de información, sin que sea posible darlo por demostrado con el formulario de afiliación efectuado por el actor a la AFP Horizonte, en el año 1996, visible a folio 119, toda vez que no basta para ello la afirmación que allí se consigna en cuanto a que la vinculación se hace de manera libre y voluntaria.

Al respecto, en el proveído antes referido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisó:

El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado.

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos 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.

[...]

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

De lo visto, resulta claro que, desde su creación, la carga de la prueba de la debida orientación se encuentra en cabeza de la AFP, reiterando además que el simple consentimiento del afiliado, vertido en el formulario

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00262-01
DEMANDANTE: JESÚS ELIECER CASTILLA ORTÍZ
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

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.

En esa medida la juez de primera instancia no se equivocó al advertir el incumplimiento de la carga de la prueba de la AFP accionada, pues no demostró haber obtenido el consentimiento informado del actor frente al acto jurídico del traslado de régimen.

En este punto, debe destacarse que el prolongado paso del tiempo, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, 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 morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado³.

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.

3.3. Efectos de la declaratoria de ineficacia

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

³ CSJ SL5688-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00262-01
DEMANDANTE: JESÚS ELIECER CASTILLA ORTÍZ
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por Colpensiones.

Bajo esa previsión, se torna innecesario el análisis de los requisitos previstos en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, invocados en la alzada por el vocero judicial de Colpensiones, toda vez que, como se dijo, la consecuencia necesaria de la declaratoria de ineficacia es precisamente retornar las cosas al estado anterior, es decir, se tiene que el actor nunca dejó de ser afiliado del régimen de prima media.

Lo anterior con base en la sentencia CSJ SL3464-2019, donde se puntualizó:

En sentencia CSJ SL1688- 2019 LA Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en un sentido estricto.

En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, ese instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis" (Subrayado fuera de texto original)

3.4. Sumas que deben trasladarse por la declaratoria de ineficacia

Ahora, en punto al recurso de apelación de Porvenir, el vocera judicial de la AFP reprochó que se haya ordenado la devolución de los rendimientos causados de las cotizaciones realizadas por el afiliado, argumentando que aquellos son producto de la buena administración de la gestora y, por tanto, si se tiene que nunca existió el traslado de régimen, debe entenderse también que esos rendimientos tampoco se causaron.

Sobre el particular, es necesario tener en cuenta que, independientemente de haberse declarado la ineficacia y no la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS, las consecuencias de dicha declaratoria serán aquellas de que trata el artículo 1746 del Código Civil, dado que no existe previsión alguna en la legislación civil que señale cuales son las consecuencias de declaratoria de ineficacia del acto jurídico, y por tanto

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00262-01
DEMANDANTE: JESÚS ELIECER CASTILLA ORTÍZ
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

conforme a jurisprudencia nacional, las consecuencias de la ineficacia se asemejan a las consecuencias que conlleva la nulidad⁴.

Lo anterior, conforme a la sentencia CSJ SL 31989 del 9 sep. 2008; reiterada en Sentencia SL5680-2021, que indicó:

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado⁵.

Ese criterio, se ha sostenido hasta la actualidad en sentencias como la CSJ SL4608-2021, donde se señaló que la ineficacia del traslado conlleva a:

i) la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación económica a que tendría derecho la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida;

ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

En ese sentido, una vez se declare la ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, se debe ordenar al fondo privado la devolución del capital ahorrado y los rendimientos financieros, así como los gastos de administración, las comisiones, los frutos e intereses o rendimientos causados durante el tiempo en que el trabajador estuvo vinculado, incluyendo los bonos pensionales a que haya lugar, porque esos conceptos constituyen el capital previsto para garantizar el acceso a la pensión del demandante, medida que a su vez salvaguarda el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones.

⁴ De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella (CSJ SL2877-2020)

⁵ CSJ SL 31989 del 9 sep. 2008

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00262-01
DEMANDANTE: JESÚS ELIECER CASTILLA ORTÍZ
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

De conformidad con lo expuesto, se adicionará la decisión de primer grado para precisar todos los conceptos que deberá devolver la AFP accionada al RPMPD, y se confirmará en lo demás.

Al no salir adelante los recursos, se condenará en costas a las demandadas Porvenir SA y Colpensiones, 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: ADICIONAR el ordinal TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de CONDENAR a Porvenir SA a devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de Jesús Eliecer Castilla Ortiz, los rendimientos financieros y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Costas a cargo de las recurrentes vencidas. Como agencias en derecho a favor de la demandante, y contra las demandadas Porvenir SA y Colpensiones, se fija la suma de un salario mínimo legal vigente. Liquidense concentradamente por el juez de primera instancia.

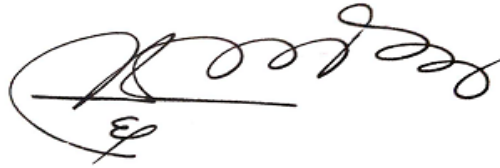
CUARTO: En firme esta decisión, vuelva el expediente a su lugar de origen para lo pertinente.

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

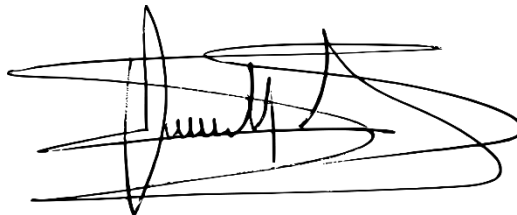
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00262-01
DEMANDANTE: JESÚS ELIECER CASTILLA ORTÍZ
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

providencia circuló a los demás Magistrados que componen esta Sala de manera virtual y su aprobación se hizo por el mismo medio.

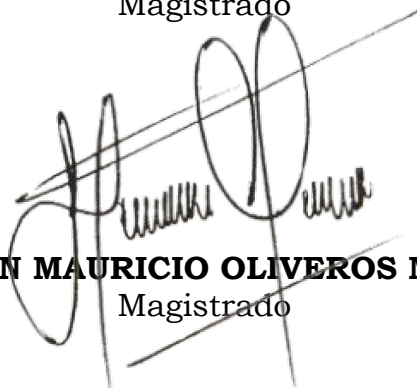
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado Ponente



OSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado