

**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: 20001-31-05-002-2020-00159-01
DEMANDANTE: TONY JAFET CASTILLO PÉREZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

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

Una vez vencidos los términos para alegar, el magistrado ponente en asocio de los demás magistrados que conforman la Sala Cuarta de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede en forma escritural a resolver el recurso de apelación propuesto contra la sentencia proferida el 13 de abril de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, en el proceso ordinario laboral promovido por Tony Jafet Castillo Pérez contra la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir Sa y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Persigue el demandante que se declare la ineficacia del traslado que efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En consecuencia, que se declare que Tony Jafet Castillo Pérez ha tenido como única afiliación válida al sistema general de pensiones la efectuada al RPMPD, hoy administrado por Colpensiones y por tanto, se condene a Porvenir SA a trasladar al sistema público todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, tales como

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00159-01
DEMANDANTE: TONY JAFET CASTILLO PÉREZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y que, igualmente, se ordene a Colpensiones que reactive la afiliación del actor en ese régimen, recibiendo los conceptos señalados.

2. FUNDAMENTOS DE HECHO

En síntesis, relatan los hechos de la demanda que Tony Jafet Castillo Pérez cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el ISS, hoy Colpensiones, hasta el 17 de febrero de 2000, fecha en que se produjo su traslado al Régimen de Ahorro de Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir SA.

Indicó que la asesora comercial diligenció el formulario de traslado sin brindarle a su cliente información completa y comprensible sobre las ventajas y desventajas que le ocasionaría dejar el RPMPD, omitiendo puntos como el monto del capital de aportes que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para acceder a la pensión de vejez y las variables que afectan la liquidación de la mesada pensional en el RAIS.

Sostuvo que la gestora de pensiones no cumplió con el denominado consentimiento informado, omisión que indujo al actor en error al momento de tomar la decisión de trasladarse y afectó gravemente las condiciones en que el demandante pudo pensionarse en el RPMPD.

Finalmente, indicó que el 11 de julio solicitó a Colpensiones que se le tuviera como única afiliada, a lo que respondió desfavorablemente. Del mismo modo, radicó ante porvenir una solicitud de fecha 26 de mayo de 2020, pretendiendo la nulidad de ineficacia del traslado, a lo que no recibió respuesta alguna.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

Por venir en legal forma, la demanda fue admitida mediante auto del 18 de septiembre de 2020¹, y una vez notificado ese proveído a las

¹ Archivo exp. digital '06Auto admite demanda'

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00159-01
DEMANDANTE: TONY JAFET CASTILLO PÉREZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

demandadas, procedieron a dar respuesta dentro del término legal para hacerlo, en los siguientes términos:

3.1. Porvenir: La gestora, al pronunciarse sobre los hechos, admitió los referentes al traslado y la absorción de la AFP Horizonte, negó algunos, indicando haberle otorgado a la parte demandante información íntegra, veraz, y oportuna, por lo que su voluntad de traslado fue inequívoca, y dijo no constarle los demás.

Agregó que al demandante nunca se le omitió ningún detalle de las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad, toda vez que le brindaron las asesorías pertinentes, para que su decisión fuera libre, voluntaria e informada para suscribir el formulario de afiliación.

Arguyó que las condiciones fueron ampliamente explicadas a la actora al momento de su afiliación con Porvenir S.A, por lo que esta no podía tener una expectativa distinta a la de pensionarse bajo las reglas propias del régimen al que voluntariamente decidió vincularse en el año 2000.

Se opuso a la totalidad de las pretensiones, argumentando que no es factible declarar la nulidad o ineficacia del traslado del actor, por cuanto no se probó la falta de alguno de los elementos esenciales para celebrar el acto jurídico.

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

3.1. Colpensiones: Contestó afirmando que el actor registra aportes al RPMDP, a partir del 16 de abril de 1991 y que realizó reclamación administrativa, mientras dijo no constarle los demás hechos. Sostuvo que no deben prosperar las pretensiones de la demanda, 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 deprecado, 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 regimenes debe

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00159-01
DEMANDANTE: TONY JAFET CASTILLO PÉREZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

efectuarse por parte de la administradora del fondo privado en que se encuentre el afiliado, no correspondiéndole dicha actuación a Colpensiones

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

4. SENTENCIA APELADA

Concluyó el trámite de primera instancia mediante sentencia de fecha 13 de abril de 2021, donde se resolvió declarar la ineficacia del traslado que realizó el demandante del antiguo Instituto de Seguros Sociales a Porvenir SA, desde el 6 de abril de 1994. En consecuencia, condenó a Porvenir a «(...) *devolver todos los valores que hubiera recibido recaudado con motivo de la afiliación del actor que se declaró ineficaz, como cotizaciones, cuotas de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, rendimiento en que se hubiere causado cualquier otro, especificando a que semana corresponden los valores liquidados*»

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 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.

Refirió el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, indicando que esa norma contempla que la selección de gestora debe ser libre y voluntaria, pues de desconocerse sobre la incidencia que aquella pueda tener sobre los

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00159-01
DEMANDANTE: TONY JAFET CASTILLO PÉREZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

derechos prestacionales, no puede estimarse hecho tal requisito por una simple expresión genérica, de allí a que desde el inicio haya correspondido a la administradora de fondo de pensiones, dar cuenta de que documentaron claro y suficientemente los efectos que acarreen el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

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, pues estableció que la simple afirmación de un formato pre impreso y haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria, no es suficiente para la validez del acto jurídico, la carga de la prueba se invierte en favor del demandante, que no recibió la información debida cuando se afilió y no se restringe el alcance de la jurisprudencia de la corte y los eventos en los que exista un perjuicio inmediato.

Aclaró, que el formulario de afiliación no suple el medio de prueba echado de menos, en razón a que, del mismo solo pudo concluirse que existió una información no espontánea, de trasladarse libre y voluntariamente, que resultó insuficiente para asumir que se suministró un consentimiento informado.

Aunado a lo anterior, indicó que el representante legal de Porvenir, manifestó en su interrogatorio de parte que no tenía constancia del documento de la asesoría realizada al demandante cuando este efectuó el traslado, toda vez que en el año en que se trasladó el demandante, no existía la obligación legal de la asesoría, sin embargo, el juzgador en reiteradas ocasiones afirmó que dicha obligación siempre ha existido, lo que trae como consecuencia que el traslado se declare ineficaz, por la vulneración al deber de informar sobre las ventajas y desventajas de dicho cambio de régimen.

A modo de conclusión, arguyó que, en el interrogatorio de parte, se pudo establecer que el demandante es médico laboral, por lo que se entendía que no contaba con los conocimientos suficientes para avizorar las posibles consecuencias de su traslado, y que en la AFP se limitaron a explicarle que

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00159-01
DEMANDANTE: TONY JAFET CASTILLO PÉREZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

el RAIS tenía mejores beneficios que el RPM, por lo que consideró ineficaz dicha afiliación.

Finalmente, refirió que, ante la insuficiencia de información, la declaratoria de ineficacia implicaba privar de todo efecto jurídico práctico el traslado realizado por el actor, llevado por porvenir, declarando que siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrada por Colpensiones.

Bajo esos supuestos, declaró no probadas las excepciones presentadas y condenó en costas a la AFP Porvenir.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, el vocero judicial de Colpensiones solicitó la revocatoria del proveído de primer grado, arguyendo que la vinculación del actor a Porvenir SA fue un acto voluntario, consensuado entre el cliente y los asesores de Porvenir, tornándose en un acto libre, espontáneo y que careció de todo vicio en el consentimiento.

Resaltó que, para la fecha en que se efectuó el traslado del actor, las AFP 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 partir del año 2015.

Sostuvo que el actor, después de 20 años en el RAIS, solicita la declaratoria de ineficacia aduciendo una supuesta falta de conocimiento respecto de un acto que se cumplió con todas las exigencias estipuladas en la legislación vigente, por lo que no existe una razón legal para efectuar la devolución de aportes deprecada.

Reprochó la orden de devolución de cuotas de administración, arguyendo que en el inciso 2° del artículo 20 de la ley 100 del 1993, se prevé que en el RPM también se destina el 3% de la cotización para financiar gastos de administración, pensiones de invalidez y pensiones de sobrevivientes, en el entendido que esa cotización no formaba entonces

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00159-01
DEMANDANTE: TONY JAFET CASTILLO PÉREZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

parte integral de la pensión de vejez y que estaban sujetas a prescripción; resaltó, que la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante concepto emitido el 17 de enero del año 2020, indicó que en los casos de declaratoria de ineficacia de traslado, las únicas sumas a retornar, serán las que estén por conceptos de aportes pensionales y rendimiento financiero de la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin incluir los gastos de administración, o comisión de administración y la prima de seguro previsional.

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, intervino la parte demandante solicitando la confirmación de la sentencia, esgrimiendo los argumentos aducidos en el trámite de la primera instancia.

De su orilla, el vocero judicial de Porvenir reiteró que la afiliación del demandante obedeció a un acto de libre elección de su parte, cuya ejecución no se incurrió en ningún vicio que afectara el consentimiento, aunado a ello, indicó que, para la fecha de afiliación del demandante, los fondos privados de pensión, no tenían ninguna obligación diferente a brindar toda la información necesaria de manera completa, por lo que considera que no debe restársele valor probatorio a la asesoría verbal realizada.

Sostuvo que no es de recibo las afirmaciones infundadas con relación a aparentes engaños, 22 años después de haber permanecido afiliado al régimen de ahorro individual.

Frente a la devolución de rendimientos y cuotas de administración, indicó que estos no deben ser devueltos por haber generado rentabilidad e incrementos, hecho que no hubiera sido posible si se hubiera afiliado a Colpensiones.

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00159-01
DEMANDANTE: TONY JAFET CASTILLO PÉREZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

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 ineficacia del traslado efectuado por Tony Jafet Castillo Pérez al RAIS, con la consecuente devolución de los aportes con destino al RPMPD, administrado por Colpensiones. En caso afirmativo, si esa orden debe limitarse al ahorro de la cuenta individual y los rendimientos financieros de la misma, excluyendo los gastos de administración y primas de seguro previsional.

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 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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00159-01
DEMANDANTE: TONY JAFET CASTILLO PÉREZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

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. Validez del traslado efectuado entre regímenes pensionales

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 Administradoras de 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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00159-01
DEMANDANTE: TONY JAFET CASTILLO PÉREZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

se afilió, y *(iv)* no se restringe el alcance de la jurisprudencia de la Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato.

Ahora, en punto al recurso de apelación, el vocero 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, que para la época del traslado no existía obligación de dejar constancia escrita de la asesoría brindada y que los actos posteriores del afiliado, 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, primeramente debe dejarse sentado que, conforme obra en el expediente, Tony Jafet Castillo Pérez cotizó a Colpensiones a partir el 16 de abril de 1991² y se trasladó a la AFP Porvenir, en fecha 17 de abril de 2000³, calenda que deberá ser corregida, toda vez que en la sentencia de primera instancia se dispuso una distinta, quedando consignada, además en la parte resolutive de la misma.

Bajo las reglas reseñadas, lo primero que debe decirse es que 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*

² Archivo exp. digital '15Correo Colpensiones' - Pág.1

³ Ibid. '15Contestación Porvenir' - Pág.124

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00159-01
DEMANDANTE: TONY JAFET CASTILLO PÉREZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

*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.

Atendiendo 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, 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 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.

Conforme 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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00159-01
DEMANDANTE: TONY JAFET CASTILLO PÉREZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

*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). (...)

En esa medida, si bien es cierto que para el año 2000, fecha en que se produjo el traslado del actor a Porvenir, no se había establecido una forma específica de acreditar el cumplimiento del deber de información, no puede llegar a sostenerse que no era necesario o que resultaba imposible cumplir dentro del juicio con el deber probatorio frente a esa obligación de asesoría, pues la gestora pudo hacerlo a través de los demás medios de prueba establecidos en la ley, tal como lo permite el artículo 51 del CPTSS, lo que no intentó, descuidando la carga que le impone el artículo 167 del CGP.

Ciñéndose a 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 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 asesoría y que decidió trasladarse porque «[...] en el área de urgencias llegaban a cada rato las asesoras de porvenir en la jornada laboral y nos reunieron a un grupo, diciéndonos que el seguro social se iba a terminar y que se corría el riesgo de que el dinero se perdiera por ser una entidad del Estado y que porvenir era quien iba a reemplazar el fondo de pensión del Seguro Social».

Agregó el demandante que uno de los asistentes a la reunión le preguntó a la funcionaria sobre las diferencias entre los regímenes y ella se limitó a contestarle que Porvenir era mejor a futuro y le brindaba mejores

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00159-01
DEMANDANTE: TONY JAFET CASTILLO PÉREZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

garantías que en la gestora donde estaban afiliados, pero no hizo una explicación amplia ni suficiente al respecto, debido a que los presentes no contaban con el tiempo necesario para ello, dado que estaban en turno dentro del área de urgencias de la clínica.

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.

Por ende, el hecho de habersele informado las ventajas del RAIS no permite asumir que la accionante había efectuado previamente un juicio lógico y comparativo entre las características, condiciones, riesgos de cada sistema de pensiones y las consecuencias jurídicas del traslado.

En decisión CSJ SL4175-2021, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisó que no es cualquier información la que acredita el cumplimiento de las obligaciones especiales de las administradoras de fondos de pensiones, y explicó:

De lo anterior se desprende que es la información que se entrega lo que permite, a través de elementos claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y, si ello es así, su omisión pone en grave riesgo el derecho pensional de quienes se trasladan de régimen sin conocer las consecuencias.

En tal sentido, para entender la importancia del por qué no puede ser cualquier información la que se exige entregar al afiliado, basta con señalar, a manera de ejemplo, que de nada le es útil a un afiliado enterarse que en el régimen de ahorro individual se puede pensionar anticipadamente, si no conoce el mecanismo financiero sobre el cual se basa la acumulación de fondos que le permitirán decidir acogerse, en cualquier momento, al beneficio pensional cumpliendo los requisitos que se exigen para el efecto y que, de no conocerlos, la información es incompleta o mejor, inexistente.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00159-01
DEMANDANTE: TONY JAFET CASTILLO PÉREZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

Ahora, continuando con el análisis de las pruebas allegadas, se evidencia ninguno de los documentos aportados al proceso acredita el cumplimiento del deber de información en cabeza de la gestora, sin que sea posible darlo por demostrado con el formulario de la afiliación efectuada por la actora a Porvenir SA en el año 2000, 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.

Con relación 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:

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.

En esa medida el juez de primera instancia no se equivocó al advertir el incumplimiento de la carga de la prueba de la AFP accionada, pues no demostraron 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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00159-01
DEMANDANTE: TONY JAFET CASTILLO PÉREZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

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 morigerar los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado⁴.

Con todo, 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.

3.2. Efectos de la declaratoria de ineficacia

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

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)

⁴ CSJ SL5688-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00159-01
DEMANDANTE: TONY JAFET CASTILLO PÉREZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

Así, como consecuencia de la referida ineficacia, deberá tenerse como válida la vinculación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, a través de la demandada Colpensiones, tal como lo dispuso el sentenciador de primera instancia.

3.3. Sumas que deben trasladarse por la declaratoria de ineficacia

Ahora, en punto al recurso de apelación de Porvenir SA, el vocero judicial de la AFP reprochó que se haya ordenado la devolución de los gastos de administración, comisiones de administración, primas de seguro previsional y demás valores distintos a los aportes pensionales y sus rendimientos, dado que, a su juicio, esos son los únicos valores que deben retornar al fondo público como consecuencia de la declaratoria de ineficacia.

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 conforme a jurisprudencia nacional, las consecuencias de la ineficacia se asemejan a las consecuencias que conlleva la nulidad⁵.

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 causado⁶.

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:

⁵ 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)

⁶ CSJ SL 31989 del 9 sep. 2008

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00159-01
DEMANDANTE: TONY JAFET CASTILLO PÉREZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

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 causados durante el tiempo en que el trabajador estuvo vinculado, debidamente indexados, incluyendo los bonos pensionales a que haya lugar, medida que a su vez salvaguarda el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones y la conservación del valor adquisitivo de esos recursos.

Finalmente, en relación con los medios exceptivos propuestos, debe precisarse que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible, pues de manera reiterada y pacífica la jurisprudencia ha sostenido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, no prescriben. En ese sentido, se ha planteado que la sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas surgido con anterioridad al inicio de la litis y, por tanto, no resulta aplicable la excepción de prescripción⁷.

3.5. Conclusiones

De conformidad con lo expuesto, se modificará el ordinal primero de la decisión de primer grado, para corregir la fecha de afiliación al RAIS indicada, precisando además todos los conceptos que deberá devolver la AFP accionada al RPMPD.

⁷ CSJ SL2209-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00159-01
DEMANDANTE: TONY JAFET CASTILLO PÉREZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

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

Por 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 la ineficacia del traslado del demandante Tony Jafet del Castillo Pérez al RAIS efectuado el 17 de abril de 2000 y, por ende, declarar que el actor se encuentra válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, se condena a Porvenir SA a Porvenir SA a devolver a el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de Tony Jafet Castillo Pérez, los rendimientos 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.

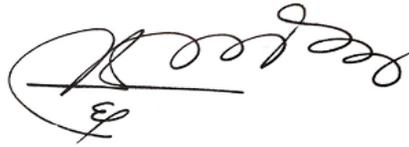
TERCERO: Costas a cargo de la recurrente vencida. Como agencias en derecho a favor de la demandante, y contra la demandada Porvenir SA, se fija la suma de un salario mínimo legal vigente. Líquidense concentradamente por el juez de primera instancia.

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

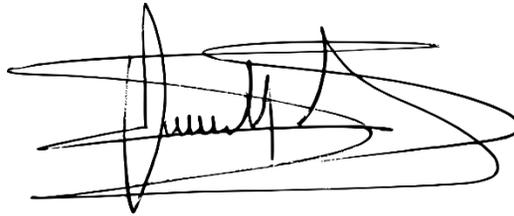
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00159-01
DEMANDANTE: TONY JAFET CASTILLO PÉREZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA LA SENTENCIA

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