

**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: 20001-31-05-002-2020-00210-01
DEMANDANTE: JUAN DE DIOS MERCADO VERGARA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTROS
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

Valledupar, veinticuatro (24) de mayo 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 los recursos de apelación propuestos contra la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, en el proceso ordinario laboral promovido por Juan de Dios Mercado Vergara contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir SA, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Persigue el demandante que se declare la ineficacia del traslado de régimen que efectuó al RAIS a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. – en adelante Porvenir y las afiliaciones posteriores dentro de ese régimen, así como el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida,

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00210-01
DEMANDANTE: JUAN DE DIOS MERCADO VERGARA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTROS
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

administrado por Colpensiones. En consecuencia, que se ordene a Protección SA devolver al sistema todos los saldos, cotizaciones, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses.

2. FUNDAMENTOS DE HECHO

En síntesis, relatan los hechos de la demanda que Juan de Dios Mercado Vergara cotizó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, hoy administrado por Colpensiones, desde el año 1989 hasta que se produjo su traslado a Porvenir, en el año 1994, encontrándose actualmente afiliado a Protección SA, por virtud de traslado que realizó en el año 1998.

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.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 13 de enero de 2021, y una vez notificado ese proveído a las demandadas, procedieron a dar respuesta dentro del término legal para hacerlo, como sigue:

3.1. Protección SA: La AFP, al pronunciarse sobre los hechos, admitió la fecha de vinculación de la actora a esa gestora, en fecha 21 de septiembre de 1998, proveniente de otra administradora del RAIS; negó algunos hechos y dijo no constarle los demás, por tratarse de situaciones ajenas a esa entidad. Para oponerse a las pretensiones, esgrimió que la afiliación del demandante a ese fondo fue resultado de una decisión libre y voluntaria, existiendo además una asesoría amplia sobre las implicaciones del traslado, soportando ese acto en el formulario de solicitud de vinculación suscrito por la hoy demandante, sin que hiciera reclamo, solicitud, objeción o retracto de la misma.

En desarrollo de su oposición, propuso las excepciones que denominó «Prescripción», «Improcedencia de la nulidad de la afiliación»,

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00210-01
DEMANDANTE: JUAN DE DIOS MERCADO VERGARA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTROS
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

«Ausencia absoluta de responsabilidad», «Inexistencia de la obligación y causa para pedir», «Buena fe» y «Compensación».

3.2. Porvenir SA: Se opuso a la ineficacia pretendida argumentando que la vinculación del actor a esa gestora fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como consta en el formulario de vinculación, documento que constituye un requerimiento expresamente señalado en la ley para efectuar el traslado de régimen, resaltando que para la época de los hechos no existía ninguna otra exigencia para la validez del traslado de régimen pensional.

Destacó que siempre garantizó el derecho el derecho de retracto al demandante e hizo publicidad de las oportunidades previstas en la norma para efectuar el traslado de régimen, sin embargo, no hizo uso de ellas y tampoco expresó inconformidad o ausencia de información, llamando la atención sobre el hecho que haya permanecido en ese régimen durante dos décadas y, de manera sorpresiva, indique que no tenía conocimiento acerca de las condiciones y beneficios de ese acto.

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

3.3. Colpensiones: Se pronunció oponiéndose a las pretensiones de la demandante, esgrimiendo que el examen sobre la asesoría que debió brindarse en su momento al demandante se debe realizar bajo la óptica de la normatividad vigente al momento de la suscripción o materialización del traslado, no debiéndose aplicar la normativa que hubiere surgido con posterioridad. En ese sentido, señala que entre 1994 y 2016 no se exigía a los fondos privados nada diferente al documento de afiliación para acreditar el conocimiento y consentimiento de los afiliados en referencia al traslado.

Adujo que de conformidad con el Régimen de Protección al Consumidos Financiero, el silencio en el transcurso del tiempo se entiende como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado y que la única manera de desvirtuarlo sería acreditando la existencia de una fuerza mayor que hubiere viciado el consentimiento.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00210-01
DEMANDANTE: JUAN DE DIOS MERCADO VERGARA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTROS
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

Indicó que, conforme a lo establecido por la Corte Constitucional, el error de derecho no da lugar a la declaración judicial de nulidad del negocio jurídico y que, por tanto, la parte de este que lo cometió debe asumir las consecuencias de la celebración; concluyendo que no hay lugar a declarar la ineficacia ni el retorno al régimen público.

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

4. SENTENCIA APELADA

Concluyó el trámite de primera instancia mediante sentencia de fecha 8 de septiembre de 2021, donde se resolvió declarar la ineficacia del traslado que realizó el demandante al RAIS, condenando a Protección SA a devolver a Colpensiones «[...] todos los valores que hubiere recibido o recaudado con motivo de la afiliación del actor que se declaró ineficaz, como cotizaciones, cuotas de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos que se hubieren causado o cualquier otro, especificando a que semanas corresponden los valores girados [...]»; declaró no probadas las excepciones invocadas por el extremo pasivo e impuso costas contra Protección SA.

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 gestoras 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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00210-01
DEMANDANTE: JUAN DE DIOS MERCADO VERGARA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTROS
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

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 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 no existe dentro del plenario, prueba que permite establecer que la información suministrada, en aquel entonces por Porvenir, fue clara, cierta, comprensible y oportuna, en las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias en el cambio de régimen pensional.

Concluyó indicando que no es posible declarar la prescripción alegada, por estar comprometido uno de los componentes pilares del derecho a la pensión de vejez, cual es el régimen por aplicar y, de contera, el de su monto.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00210-01
DEMANDANTE: JUAN DE DIOS MERCADO VERGARA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTROS
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

5. RECURSOS DE APELACIÓN

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

5.1. Colpensiones: Señaló que para la fecha en que se efectuó el traslado la ley no obligaba a los fondos privados a que tuvieran registro verbal de la asesoría que debían brindar los asesores comerciales de esas entidades, dado que solamente les exigía un formulario de afiliación.

Insistió en que el deber de información debió ser valorado con la normatividad vigente al momento de la materialización del traslado, no siendo válido imponer a los fondos de pensiones obligaciones no previstos al momento del traslado de régimen, puesto que se vulneraría el derecho al debido proceso; expuso que evaluar la actuación de los fondos privados con base a normas inexistentes no tiene fundamento jurídico y viola el debido proceso con relación a Colpensiones, quien finalmente debe afrontar la prestación, sin que se exija al demandante ningún esfuerzo procesal tendiente a demostrar la existencia de un vicio del consentimiento.

Afirmó que, conforme al Régimen de Protección al Consumidor Financiero, existen ciertas obligaciones con respecto a los afiliados al SSP, destacando que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de pertenecer al régimen seleccionado, que el desconocimiento de la ley no es excusa y resaltó que el error de derecho no da lugar a la declaración de nulidad del negocio jurídico y, por tanto, la parte que lo cometió debe asumir todas las consecuencias de su celebración.

5.2. Protección SA: Solicitó la revocatoria de la determinación de primera instancia, en cuanto se evidencia que el demandante es una persona legalmente capaz y no se verifica que la voluntad de la interviniente en el negocio jurídico adolezca de algún vicio del consentimiento, máxime si se tiene en cuenta que su derecho a la libre escogencia se materializó con la suscripción del formulario de afiliación,

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00210-01
DEMANDANTE: JUAN DE DIOS MERCADO VERGARA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTROS
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

evidenciándose que ratificó ese consentimiento al pertenecer en ese régimen por 25 años.

Agregó que, en caso de confirmarse ese tópico, que no se incluya en los dineros a devolver al sistema los conceptos atinentes a comisiones, cuotas de administración y sumas adicionales, debido a que esos conceptos tienen una destinación específica y la gestora se encuentra imposibilitada para recobrarlos, pues se trata de comisiones causadas durante la administración de la cuenta de ahorro individual.

Finalmente solicitó que, en caso de no accederse a esa petición, se ordene que esas sumas sean descontadas de los rendimientos que obtuvo la cuenta de ahorro individual en vigencia de la afiliación a esa gestora.

6. TRAMITE EN SEDE DE ALZADA

Corrido el traslado de rigor, en los términos señalados en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, intervino Porvenir haciendo alusión a que el *a quo* realizó una correcta valoración de los hechos debatidos dentro del proceso y que se logró probar que la afiliación del demandante obedeció a un acto de libre elección de su parte y su ejecución no se incurrió de algún vicio que hubiere podido afectar el consentimiento, por lo que no precedía condena alguna.

De su orilla, el demandante solicitó se deje en firme el fallo de primera instancia y se reconozca el derecho que le asiste al demandante en cuanto a la declaración de ineficacia del traslado del régimen pensional que se efectuó del extinto ISS, hoy Colpensiones, a la AFP Porvenir.

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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00210-01
DEMANDANTE: JUAN DE DIOS MERCADO VERGARA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTROS
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

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 la Nación.

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 Juan de Dios Mercado Vergara al RAIS, con la consecuente devolución de los aportes con destino al RPMPD, administrado por Colpensiones. En caso afirmativo, si la orden de devolución debió limitarse a los saldos existentes en la cuenta de ahorro pensional del actor y excluir las cuotas de administración, sumas adicionales y demás emolumentos reseñados por el sentenciador.

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 las gestoras demandadas no cumplieron 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 vinculada.

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, valores utilizados en seguros previsionales, las

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00210-01
DEMANDANTE: JUAN DE DIOS MERCADO VERGARA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTROS
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

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 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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00210-01
DEMANDANTE: JUAN DE DIOS MERCADO VERGARA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTROS
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

Ahora, en punto a los recursos de apelación formulados por las gestoras demandadas, encuentra la Sala que ellos se fundamentan, en síntesis, sobre el argumento de 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 al RAIS, que para la época del traslado no existía obligación de dejar constancia escrita de la asesoría brindada y que la pasividad de la afiliada indica su voluntad de permanecer en ese régimen, invocando que el desconocimiento de la ley no es excusa y que el error de derecho no genera la nulidad del negocio jurídico.

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 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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00210-01
DEMANDANTE: JUAN DE DIOS MERCADO VERGARA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTROS
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

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 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 Colpensiones, 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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00210-01
DEMANDANTE: JUAN DE DIOS MERCADO VERGARA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTROS
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008). (...)

Con esos argumentos, contrario a lo referido por las apelantes, la alta corporación ha defendido la tesis que esa «*obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto de los derechos de los afiliados*» (CSJ SL1452-2019).

En esa medida, si bien es cierto que para el año 1994, 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.

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 decidió trasladarse de régimen porque un asesor de la AFP Porvenir se acercó a su lugar de trabajo y le informó que el Instituto de Seguros Sociales *se iba a acabar* y los dineros que tenían en ese fondo *se iban a perder*.

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 invocado por Porvenir SA, 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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00210-01
DEMANDANTE: JUAN DE DIOS MERCADO VERGARA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTROS
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

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 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 traslado¹.

¹ CSJ SL5688-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00210-01
DEMANDANTE: JUAN DE DIOS MERCADO VERGARA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTROS
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

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

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 al RAIS, es decir, como si no se hubiera dado. En otras palabras, implica declarar que siempre estuvo afiliada 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)

En vista de lo anterior, debe explicarse que, independientemente de haberse declarado la ineficacia y no la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS, las consecuencias de dicha declaratoria serán, como se ha venido mencionando, 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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00210-01
DEMANDANTE: JUAN DE DIOS MERCADO VERGARA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTROS
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

Así lo explicó la Corte Suprema de Justicia en la providencia CSJ SL1688-2019 citada, en la que precisó los alcances y efectos de la declaratoria de ineficacia, en los siguientes términos:

La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Así, como consecuencia de la referida ineficacia, debe tenerse como válida la vinculación de la 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 Protección SA, el vocero judicial de la AFP reprochó que se haya ordenado la devolución de los seguros previsionales y las cuotas de administración cobrados en vigencia de la afiliación de la actora, por tratarse de descuentos que operan por ministerio de la ley y que involucran a terceros.

Sobre el particular, debe apuntar la Sala que no existe el yerro endilgado al juzgador de primera instancia, dado que el sustento jurídico que conlleva al fallador a ordenar la devolución de los emolumentos mencionados en el acápite anterior, se deriva de la aplicación del artículo 1746 del Código Civil, que a su tenor indica:

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00210-01
DEMANDANTE: JUAN DE DIOS MERCADO VERGARA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTROS
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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 causado².

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.

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia transcrita en precedencia, esta Sala confirmará la decisión de ordenar la devolución de los valores correspondientes a cuotas de administración y montos pagados por seguros previsionales, con destino Colpensiones, ello por los efectos de que trata el artículo 1746 *ibidem* y, además, porque esos conceptos constituyen el capital previsto para garantizar el acceso a la pensión de la demandante,

² CSJ SL 31989 del 9 sep. 2008

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00210-01
DEMANDANTE: JUAN DE DIOS MERCADO VERGARA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTROS
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

medida que a su vez salvaguarda el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones.

Ahora, atendiendo el grado jurisdiccional que se surte en favor de Colpensiones, es necesario dejar sentado que la consecuencia de la ineficacia declarada apareja que Protección SA, última gestora a la que se afilió el actor, deba devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con ocasión de la afiliación, tales como, los aportes por pensión, los rendimientos financieros, gastos de administración que fueron cobrados a la demandante, así como los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, los cuales deberá cancelar debidamente indexados y asumir con cargo a sus propios recursos.

Igualmente, en virtud de dicha ineficacia, Porvenir SA deberá trasladar a Colpensiones las comisiones y los gastos de administración que fueron cobrados a la demandante, los cuales deberá cancelar en forma debidamente indexada, así como los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, que le corresponde asumir con cargo a sus propios recursos³.

3.4. Conclusiones

En relación con los medios exceptivos propuestos, debe recordarse que tratándose de la pretensión encaminada a obtener la ineficacia del traslado de régimen pensional y sus efectos los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS sobre prescripción trienal no aplican, pues aquellas ostentan un carácter declarativo y se relacionan con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que la consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos. Así, la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que la sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es *comprobar* o *constatar* un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la *litis*. (CSJ SL2209-2021) y, por

³ CSJ SL5595-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00210-01
DEMANDANTE: JUAN DE DIOS MERCADO VERGARA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTROS
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

tanto, en asuntos como el que se estudia no resulta aplicable el fenómeno extintivo invocado.

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

Al no salir avante los recursos, se condenará en costas a las demandadas Protección 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 PRIMERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de:

-CONDENAR a Protección SA a devolver a el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de Juan de Dios Mercado Vergara, 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.

-CONDENAR a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones las comisiones y los gastos de administración que fueron cobrados al demandante, los cuales deberá cancelar en forma debidamente indexada, así como los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, que le corresponde asumir con cargo a sus propios recursos.

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 Protección SA

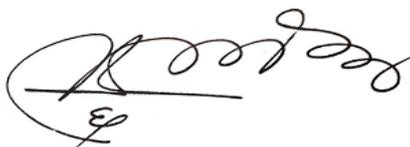
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00210-01
DEMANDANTE: JUAN DE DIOS MERCADO VERGARA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTROS
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

y Colpensiones, se fija la suma de un salario mínimo legal vigente. Liquidense concentradamente por el juez de primera instancia.

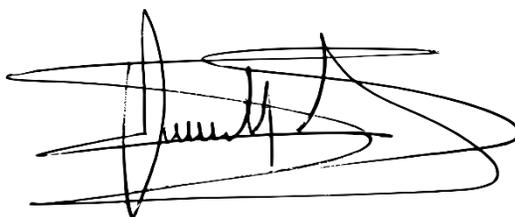
CUARTO: En firme esta decisión, vuelva el expediente a su lugar de origen para lo pertinente.

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 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