

**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: 20001-31-05-002-2020-00244-01
DEMANDANTE: BETTY DEL CARMEN LEON MACHADO
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
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 26 de agosto de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, en el proceso ordinario laboral promovido por Betty del Carmen León Machado contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir SA y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Persigue la demandante que se declare la nulidad 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 el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones. En consecuencia, que se ordene a Porvenir

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00244-01
DEMANDANTE: BETTY DEL CARMEN LEON MACHADO
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

devolver al sistema los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses.

2. FUNDAMENTOS DE HECHO

En síntesis, relatan los hechos de la demanda que Betty del Carmen León Machado cotizó en pensiones en el RPMPD, administrado anteriormente por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, hasta que se produjo su traslado al RAIS, específicamente en Porvenir, el 10 de mayo del 2000.

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

Señaló que el traslado tuvo como única causa la campaña que en ese entonces propició Porvenir, quien se encargó de captar al mayor número de afiliados, perjudicando de manera abrupta a la demandante.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 21 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. Colpensiones: Se pronunció admitiendo la fecha de afiliación de la demandante a esa gestora y que realizó cotizaciones en ese sistema hasta que se produjo su traslado al RAIS, 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 no se 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 a la actora 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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00244-01
DEMANDANTE: BETTY DEL CARMEN LEON MACHADO
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

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 «Prescripción», «Inexistencia de la obligación», «Cobro de lo no debido» y «Buena fe».

3.2. Porvenir SA: La gestora, al pronunciarse sobre los hechos, admitió el referente al traslado de la actora, negó otros y dijo no constarle los demás, por tratarse de situaciones ajenas a esa entidad. Indicó que a la demandante se le brindó una asesoría libre, voluntaria e informada, por lo que se considera válido dentro de los términos establecidos en la ley.

Agregó que la permanencia de la actora en el RAIS durante 18 años ha demostrado su aceptación de las condiciones pensionales del régimen y su expectativa de poder pensionarse bajo el mismo, toda vez que nunca expresó inconformidad por ausencia de información o solicitó el traslado de régimen.

Del mismo modo, adujo que la diferencia entre un régimen y otro, no constituye un supuesto legal que pueda declarar un vicio en el consentimiento.

Arguyó 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 a la actora le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Se opuso a la totalidad de las pretensiones, e indicó que, para la fecha de afiliación de la demandante no existía la obligación de entregar proyecciones acerca de su futuro pensional.

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00244-01
DEMANDANTE: BETTY DEL CARMEN LEON MACHADO
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

4. SENTENCIA APELADA

Concluyó el trámite de primera instancia mediante sentencia de fecha 26 de agosto de 2021, donde se resolvió declarar la ineficacia del traslado que realizó la demandante desde el 10 de mayo de 2010. En consecuencia, condenó a la pasiva a devolver a Colpensiones «[...] *todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, cuota de administración, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos que hubiere causado, especificando a que semanas corresponden los valores girados [...]*»; declaró no probadas las excepciones invocadas por el extremo pasivo e impuso costas contra Porvenir.

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.

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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00244-01
DEMANDANTE: BETTY DEL CARMEN LEON MACHADO
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

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.

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 S.A.: Esgrimió que la determinación del *a quo* debe ser revocada, en la medida que la afiliación de la demandante fue producto de una decisión libre e informada, realizada después de haber sido asesorada sobre las implicaciones de ese acto, situación que consta en la solicitud de vinculación, documento público donde se evidencia la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la ley 100 de 1993, el cual se presume auténtico.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00244-01
DEMANDANTE: BETTY DEL CARMEN LEON MACHADO
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

Indicó que el demandante tuvo tiempo para retornar al RPMPD, si esa era su intención, verificándose que solo buscó hacerlo cuando se encuentra bajo la prohibición legal consagrada en la ley 100 de 1993, por encontrarse a menos de 10 años para adquirir la edad de pensión.

Sostuvo que, para la fecha en que se produjo el traslado, no existía obligación de entregarle a la actora cálculos o proyecciones acerca de su futuro pensional, reiterando que durante su permanencia en esa gestora nunca mostró inconformidad o presentó solicitud relacionada con la falta de información frente a la afiliación realizada en el año 2000.

Agregó que, con la declaratoria de ineficacia, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, debido a que no forman parte integral de la prestación de vejez y ello configuraría un enriquecimiento ilícito en favor de la demandada.

5.2. 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, es decir, que Porvenir, en esa época, no hizo nada fuera de la ley.

Insistió en que el deber de información de Porvenir 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 y la condena en costas, 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,

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00244-01
DEMANDANTE: BETTY DEL CARMEN LEON MACHADO
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

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.

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 el apoderado judicial de Porvenir, esgrimiendo, en síntesis, los mismos argumentos que expuso durante el trámite de la primera instancia. En el mismo sentido se pronunció el vocero de la demandante, quien solicitó la confirmación de la decisión.

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 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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00244-01
DEMANDANTE: BETTY DEL CARMEN LEON MACHADO
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

por Betty del Carmen León Machado 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 de la actora y excluir las cuotas de administración, seguros previsionales 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 Porvenir S.A, 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 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 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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00244-01
DEMANDANTE: BETTY DEL CARMEN LEON MACHADO
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

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.

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 la actora 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.

Para dar respuesta a esos reparos, primeramente, debe dejarse sentado que, durante el desarrollo del juicio se acreditó, y no fue reprochado

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00244-01
DEMANDANTE: BETTY DEL CARMEN LEON MACHADO
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

en sede de alzada, que Betty del Carmen León Machado se afilió al RPMPD, y se trasladó a Porvenir S.A., en fecha 10 de mayo del 2000 (fl. 31).

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.

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00244-01
DEMANDANTE: BETTY DEL CARMEN LEON MACHADO
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

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 común de las censoras, 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). (...)

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00244-01
DEMANDANTE: BETTY DEL CARMEN LEON MACHADO
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

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 2000, fecha en que se produjo el traslado de la actora 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 no recibió ninguna asesoría y que decidió trasladarse porque «[...] yo trabajaba para el municipio de Valledupar y en el transcurso de los primeros meses uno firma diversos documentos, afiliación a salud, a fondo de empleados y fondo de cesantías, entre esos, firmé el documento a porvenir, pero sin ninguna claridad, inducción, explicación acerca de la trascendencia que esa firma podía tener».

Agregó la demandante que los funcionarios suponían que se mantendría igual que con el extinto I.S.S., hoy Colpensiones, y que los fondos nuevos tenían la misma legislación, por lo que no se percató de lo que había sucedido al firmar el formulario.

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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00244-01
DEMANDANTE: BETTY DEL CARMEN LEON MACHADO
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
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 morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado¹.

¹ CSJ SL5688-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00244-01
DEMANDANTE: BETTY DEL CARMEN LEON MACHADO
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

Con todo, ante el descuido de la AFP de su carga probatoria, es dable concluir que la afiliada 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 la actora a Porvenir, 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: 20001-31-05-002-2020-00244-01
DEMANDANTE: BETTY DEL CARMEN LEON MACHADO
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
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.

3.4. 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 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: 20001-31-05-002-2020-00244-01
DEMANDANTE: BETTY DEL CARMEN LEON MACHADO
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
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: 20001-31-05-002-2020-00244-01
DEMANDANTE: BETTY DEL CARMEN LEON MACHADO
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

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

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

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, en virtud de la Consulta surtida a favor de Colpensiones, se adicionará la decisión para precisar todos los conceptos que deberá devolver la AFP accionada al RPMPD. En lo demás, se confirmará la sentencia de primer grado.

Al no salir avante 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 PRIMERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de:

CONDENAR a Porvenir SA a devolver a el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de Betty del Carmen León Machado, los

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2020-00244-01
DEMANDANTE: BETTY DEL CARMEN LEON MACHADO
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA LA SENTENCIA

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.

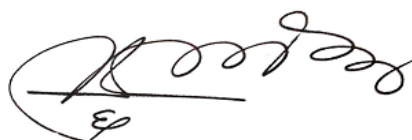
SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Costas a cargo de 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. Líquidense concentradamente por el juez de primera instancia.

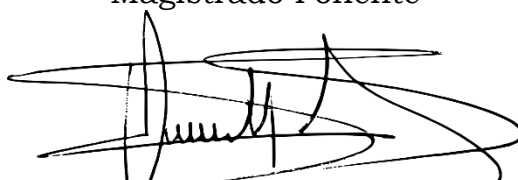
CUARTO: En firme esta decisión, vuelva el expediente a su lugar de origen para lo pertinente.

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