

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



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

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00191-01
DEMANDANTE: ASTRID USTARIZ GUERRA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

Valledupar, diecisiete (17) de junio 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 31 de mayo de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, en el proceso ordinario laboral promovido por Astrid Ustariz Guerra contra la Sociedad 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 devolver al sistema todos los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00191-01
DEMANDANTE: ASTRID USTARIZ GUERRA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

2. FUNDAMENTOS DE HECHO

En síntesis, relatan los hechos de la demanda que Franklin Mejía Padilla cotizó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, hoy administrado por Colpensiones, desde el año 1993 hasta que se produjo su traslado a Porvenir, en el año 2003.

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 30 de agosto de 2019¹, y una vez notificado ese proveído a las demandadas, procedieron a dar respuesta dentro del término legal para hacerlo, como sigue:

3.1. Colpensiones: Dijo no constarle los hechos de la demanda; se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo que en el presente asunto se no cumple con el requisito previsto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, para acceder al traslado pretendido, dado que 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 administradora del fondo privado en que se encuentre la afiliada, no correspondiéndole dicha actuación a Colpensiones.

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

3.2. Porvenir: Se opuso a la nulidad pretendida, argumentando que la afiliación de la demandante a esa gestora fue producto de una decisión libre voluntaria e informada, tal como consta en el formulario de

¹ Folio 40 del Cuaderno de primera instancia

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00191-01
DEMANDANTE: ASTRID USTARIZ GUERRA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

vinculación, y no acreditó la parte actora que en ese momento su consentimiento estuviere viciado, o que esa gestora hubiere ejecutado conductas dolosas contra su derecho de afiliación al sistema, presupuesto necesario para tal declaratoria, conforme lo prevé el artículo 271 de la ley 100 de 1993.

Sostuvo que a la afiliada siempre se le garantizó el derecho de retracto y la posibilidad de traslado habilitada por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, pero no hizo uso de los mismos, actos que, tras más de 17 años de afiliación, llevan a pensar que se sentía a gusto en el RAIS y pensionarse en dicho régimen.

En su defensa, propuso las excepciones que denominó «*Prescripción de la acción de nulidad*», «*Inexistencia de la obligación*», «*Carencia de acción y falta de causa en las pretensiones de la demanda*», «*Prescripción*», «*Validez del traslado del demandante al RAIS a través de la vinculación al fondo de pensiones obligatorias administrado por Porvenir*», «*Ratificación de la afiliación del demandante al fondo de pensiones*», «*Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, y carencia de acción*», «*Buena fe*» e «*Inexistencia del daño alegado*».

4. SENTENCIA APELADA

Concluyó el trámite de primera instancia mediante sentencia de fecha 31 de mayo de 2021, donde se resolvió declarar la ineficacia del traslado que efectuó Astrid Ustariz Guerra al RAIS. En consecuencia, ordenó a Porvenir devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses.

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00191-01
DEMANDANTE: ASTRID USTARIZ GUERRA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

decidiera con pleno conocimiento que consecuencias derivaban para su derecho pensional el traslado que le proponían.

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

5. RECURSOS DE APELACIÓN

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

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

Resaltó que, para la fecha en que se efectuó el traslado de la demandante, aunque tenían el deber de información frente a la afiliada, no existía la obligación de conservar una constancia escrita de la asesoría que se brindó a su cliente, pues ello se impuso con posterioridad. Concluyó entonces que, habiendo cumplido Porvenir con todas las exigencias estipuladas en la época, no existe razón legal para ordenar el traslado de los aportes deprecado.

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 documental 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 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 previstas

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00191-01
DEMANDANTE: ASTRID USTARIZ GUERRA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

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, 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 ciertos deberes mínimos 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.

Resaltó que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, así como tampoco el error de derecho 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.

Finalmente manifestó que existen eventos que le permitan al afiliado escoger acertadamente el régimen pensional, por lo cual, en este asunto, no necesariamente el actor estuvo mal asesorado, sino que hubo factores diferentes que pudieron haber afectado la cuantía de su mesada pensional, lo cual es ajeno a las acciones de las demandadas.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el traslado de rigor, en los términos señalados en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, intervinieron los apoderados judiciales de Porvenir y Colpensiones, 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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00191-01
DEMANDANTE: ASTRID USTARIZ GUERRA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

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 la falladora de primera instancia por haber declarado la ineficacia del traslado efectuado por Astrid Ustariz Guerra al RAIS, con la consecuente devolución de los aportes con destino al RPMPD, administrado por Colpensiones.

2. TESIS DE LA SALA

La respuesta que se dará al problema jurídico planteado es el acierto de la sentencia de primera instancia, debido a que Porvenir no cumplió con su carga de probar que dio cumplimiento al deber de información del que depende la validez del contrato de aseguramiento, omisión que trae aparejada la declaratoria de ineficacia de ese acto, de conformidad con el artículo 271 de la ley 100 de 1993, declaratoria que, a su vez, tiene como consecuencia la inexistencia de cualquier efecto jurídico de ese acto y el deber de traslado al sistema público de los montos recibidos en virtud de la afiliación declarada ineficaz, atendiendo lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil.

3. DESARROLLO DE LA TESIS

3.1. Grado jurisdiccional de Consulta

El artículo 14 de la Ley 1149 de 2007 introdujo una reforma al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo, que consistió en adicionar como sujeto

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00191-01
DEMANDANTE: ASTRID USTARIZ GUERRA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

procesal beneficiario de aquella garantía procesal a «*aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante*», como la aquí demandada Colpensiones, de conformidad con lo explicado por la Corte Suprema de Justicia en providencias como la CSJ STL7382-2015 y CSJ AL4848-2015.

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

3.2. Validez del traslado efectuado entre regímenes pensionales

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

² CSJ SL2462-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00191-01
DEMANDANTE: ASTRID USTARIZ GUERRA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

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.

Para dar respuesta a esos reparos, primeramente, debe dejarse sentado que, durante el desarrollo del juicio se acreditó, y no fue reprochado en sede de alzada, que Astrid Ustariz Guerra se afilió al RPMPD, desde el 21 de diciembre de 1993 (fl. 18) y se trasladó a la AFP Porvenir, en fecha 29 de mayo de 2003 (fl. 122).

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*

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00191-01
DEMANDANTE: ASTRID USTARIZ GUERRA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA 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, 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 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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00191-01
DEMANDANTE: ASTRID USTARIZ GUERRA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA 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). (...)

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 2003, 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.

Conforme tales mandatos, revisado el material probatorio allegado al proceso, no encuentra esta Sala la demostración del cumplimiento del deber de información explicado, tal como lo concluyó la juzgadora de primera instancia. En efecto, solo obra el interrogatorio de parte rendido por la accionante, del cual no se deriva una confesión del hecho discutido, pues allí menciona que no recibió ninguna información y que decidió trasladarse porque «[...] fueron a la oficina y nos ofrecieron el cambio y lo ofertaron como

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00191-01
DEMANDANTE: ASTRID USTARIZ GUERRA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

lo mejor (...), expresándole que el traslado era lo mejor, porque el seguro social estaba en un mal momento y que se iba a acabar la empresa»

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 haberse 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.

Ahora, continuando con el análisis de las pruebas allegadas, se evidencia ninguno de los documentos aportados al proceso acredita el

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00191-01
DEMANDANTE: ASTRID USTARIZ GUERRA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

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 2003, 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 demostró haber obtenido el consentimiento informado de la actora 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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00191-01
DEMANDANTE: ASTRID USTARIZ GUERRA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

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 traslado³.

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.

3.3. Efectos de la declaratoria de ineficacia

Ahora bien, la jurisprudencia reseñada tiene establecido que la trasgresión al deber información cuando se realiza un cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia. Tal declaratoria conlleva privar de todo efecto jurídico práctico al traslado que realizó la actora 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)

Así las cosas, es necesario tener en cuenta que, independientemente

³ CSJ SL5688-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00191-01
DEMANDANTE: ASTRID USTARIZ GUERRA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

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 nulidad⁴.

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

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

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

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

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

En ese sentido, una vez se declare la ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, se debe ordenar al fondo privado la devolución del capital ahorrado y los rendimientos financieros, así como los gastos de administración, las comisiones, los frutos e intereses 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

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

⁵ CSJ SL 31989 del 9 sep. 2008

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00191-01
DEMANDANTE: ASTRID USTARIZ GUERRA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

sistema general de pensiones y la conservación del valor adquisitivo de esos recursos.

3.3. Conclusión

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 prescripción⁶.

De conformidad con lo 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 SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de CONDENAR a Porvenir a devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de Astrid Ustariz Guerra, los rendimientos financieros y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los

⁶ CSJ SL2209-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2019-00191-01
DEMANDANTE: ASTRID USTARIZ GUERRA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: ADICIONA SENTENCIA

valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado Ponente



OSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado

(AUSENCIA JUSTIFICADA)
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado