

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: 20011-31-05-001-2018-00182-02 (acumulado)
DEMANDANTE: MARGARET DE JESÚS CORTINA BARRIOS Y OTROS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA Y ADICIONA LA SENTENCIA

Valledupar, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Aguachica, dentro del proceso ordinario laboral acumulado, seguido por **ELIZABETH GÓMEZ MERCADO, MARGARETH DE JESÚS CORTINA BARROS y GUSTAVO ADOLFO INSIGNARES GUTIÉRREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.**

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Persigue Margaret de Jesús Cortina Barrios que se declare la ineficacia del traslado de Régimen pensional que efectuó con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En consecuencia, solicita se ordene a la AFP Porvenir SA trasladar al sistema público la totalidad de lo ahorrado por la afiliada en su cuenta de ahorro individual, bonos pensionales, los rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas con motivo de esa afiliación.

Por auto del 10 de abril de 2019 (fl. 96), el Juzgado Laboral del Circuito de Aguachica ordenó la acumulación de los procesos 2018-00170

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2018-00182-02 (acumulado)
DEMANDANTE: MARGARET DE JESÚS CORTINA BARRIOS Y OTROS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

y 2018-00169, que se adelantaba en ese estrado judicial, promovidos por Gustavo Adolfo Insignares Gutiérrez y Elizabeth Gómez Mercado contra Colpensiones y Porvenir, buscando la ineficacia del traslado de régimen de pensiones que efectuó cada uno de ellos.

2. FUNDAMENTOS DE HECHO

Margaret de Jesús Cortina Barrios relató que cotizó al Régimen de Prima con Prestación Definida, a través del extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 24 de noviembre de 1993, hasta que se produjo su traslado al RAIS, específicamente a la AFP Porvenir SA, convencida por una funcionaria que no le informó sobre las condiciones de ambos regímenes.

Elizabeth Gómez Mercado narró que inició su vida laboral el 1° de marzo de 1987, en esa fecha se afilió al Instituto de Seguros Sociales y, el 17 de noviembre de 1999 fue inducida para trasladarse a la AFP Porvenir SA, sin que se le advirtiera que el nuevo régimen comportaba nuevas condiciones que no le eran favorables al momento de recibir su pensión de vejez.

Gustavo Adolfo Insignares Gutiérrez reseñó que cotizó al RPM, a través del ISS, desde el 8 de junio de 1989 y se trasladó al RAIS, por conducto de la AFP Porvenir SA, en fecha 30 de noviembre de 1995 desconociendo las características y condiciones de cada régimen pensional.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda impetrada por Margaret de Jesús Cortina Barrios fue admitida mediante auto del 20 de septiembre de 2018; y las promovidas por Elizabeth Gómez Mercado y por Gustavo Adolfo Insignares Gutiérrez se admitieron mediante proveído del 04 de septiembre de 2018, y una vez notificadas de esa decisión procedieron a dar respuesta dentro del término legal para hacerlo, como sigue:

3.1. Colpensiones: Admitió la afiliación de cada uno de los demandantes a esa gestora, mientras dijo no constarle los demás hechos, por tratarse de situaciones concernientes a terceros. Se opuso de manera uniforme a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo que no se cumple con el requisito previsto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2018-00182-02 (acumulado)
DEMANDANTE: MARGARET DE JESÚS CORTINA BARRIOS Y OTROS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para acceder al traslado deprecado, dado que a los actores no cuentan con 15 años o más de servicios cotizados para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la norma citada.

En desarrollo de su oposición, invocó como excepciones de mérito la «Prescripción», «Cobro de lo no debido», «Inexistencia de la obligación», «Buena fe» y «Compensación».

3.2. Porvenir: Se opuso con los mismos argumentos a cada una de las pretensiones de los demandantes, arguyendo que la afiliación que efectuaron obedeció a un acto de libre elección de su parte, en cuya ejecución y desarrollo no se incurrió en ningún vicio que hubiese podido afectar el consentimiento, máxime si se tiene en cuenta que el mismo quedó vertido en el formulario preforma aprobado por la Superintendencia Financiera.

Expuso que ninguno de los demandantes efectuó reclamación en el sentido de que estuviera inconforme con el RAIS y realizaron actos que convalidaron y ratificaron la voluntad de pensionarse en ese régimen, como solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros.

En su defensa, propuso las excepciones que denominó «Prescripción de la acción de nulidad», «Inexistencia de la obligación», «Carencia de la acción y falta de causa en las pretensiones de la demanda», «Prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación», «Validez del traslado al RAIS», «Ratificación del traslado del actor al RAIS», «Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho»; y «Buena fe».

4. SENTENCIA APELADA

Concluyó el trámite de primera instancia mediante sentencia de fecha 30 de noviembre de 2021, donde se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado efectuado por los demandantes MARGARET DE JESUS CORTINA BARRIOS, GUSTAVO ADOLFO INSIGNARES GUTIERREZ y ELIZABETH GOMEZ MERCADO del Instituto de los Seguros Sociales, hoy Administradora Colombiana de

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2018-00182-02 (acumulado)
DEMANDANTE: MARGARET DE JESÚS CORTINA BARRIOS Y OTROS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

Pensiones Colpensiones a la AFP Porvenir SA, es completamente ineficaz, teniendo en cuenta lo ampliamente expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, condenar a Porvenir SA a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, como sustituta de las obligaciones del Instituto de los Seguros Sociales producto de su liquidación, todos o el saldo total de la cuenta individual de los demandantes MARGARETH DE JESUS CORTINA BARRIOS, GUSTAVO ADOLFO INSIGNARES GUTIERREZ Y ELIZABETH GOMEZ MERCADO a dicha Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, incluidas absolutamente todas las cotizaciones tanto legales como voluntarios, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que, una vez recibidos todos los saldos por parte de Colpensiones, aplicarlos a los periodos respectivos a la historia laboral de cada uno de los demandantes.

CUARTO: DECLARAR sin mérito alguno la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.

QUINTO: Compulsar copias ante la Fiscalía General de la Nación para que investigue la conducta asumida por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir y determine si ha incurrido en el delito de enriquecimiento sin justa causa o en el que pueda tipificarse en la norma de acuerdo a su conducta desplegada con los aquí demandantes, conforme a lo considerado.

SEXTO: Condenar en costas a la demandada Porvenir SA, conforme a lo considerado.

Como sustento de su decisión, señaló que Porvenir SA no probó haber brindado a los demandantes para el momento de la afiliación una asesoría, clara, suficiente, oportuna y documentada para tomar una decisión informada.

Agregó que de las pruebas aportadas muestran que la conducta de la gestora inobservó los principios de transparencia, rectitud, sinceridad, honestidad y buena fe con que deben actuar las personas naturales y jurídicas, advirtiendo que los promotores de la demanda sufrieron un perjuicio por desmejora notable del monto de la mesada, evidenciándose un enriquecimiento sin justa causa en el caso del señor Gustavo Adolfo Insignares Gutiérrez, quien hizo aportes voluntarios cuantiosos que no se verán reflejados en su mesada pensional. En consecuencia, decidió compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2018-00182-02 (acumulado)
DEMANDANTE: MARGARET DE JESÚS CORTINA BARRIOS Y OTROS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

5. RECURSOS DE APELACIÓN

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

5.1. Porvenir: El vocero judicial reprochó la decisión condenatoria arguyendo que no existe prueba de que la gestora de pensiones hubiera entregado una *indebida información* y que, por el contrario, los actores omitieron su deber de diligencia frente a la obtención de información, dado que el desconocimiento de la ley no los exige de esa carga.

Acotó que la juzgadora no tuvo en cuenta que Gustavo Adolfo Insignares Gutiérrez reconoció en su interrogatorio de parte que realizó aportes voluntarios, actos que indican que conocía los efectos de las mismas, así como las características del régimen al que pertenece.

Resaltó que la *nulidad* declarada fue saneada por el tiempo, en razón que las partes no hicieron uso del derecho de retracto ni de la ventana de traslado que se abrió en el año 2004.

Señaló que la *a quo* no se detuvo en establecer si los demandantes tenían un derecho consolidado, beneficio transicional o si estaban próximos a pensionarse, agregando que la diferencia en el valor de la mesada no puede servir como argumento para la prosperidad de sus pretensiones.

Trajo a colación el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia indicó que en los casos de declaratoria de ineficacia de traslado, las únicas sumas a retornar, serán las que estén por conceptos de aportes pensionales y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin incluir los gastos de administración, o comisión de administración y la prima de seguro previsional, resaltando que este último concepto fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte y se materializan en una póliza en favor de una aseguradora.

Por otra parte, solicitó que se revoque la orden de oficiar a la Fiscalía General de la Nación, atendiendo que no existió enriquecimiento sin justa causa por parte de la gestora, teniendo en cuenta que se demostró que los

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2018-00182-02 (acumulado)
DEMANDANTE: MARGARET DE JESÚS CORTINA BARRIOS Y OTROS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

demandantes suscribieron los documentos para celebrar el negocio jurídico y consintieron estar afiliados a dicho fondo.

Manifestó su inconformidad sobre las costas impuestas, pues considera que también se tendrían que fijarse en contra de Colpensiones, debido a que también pertenece a la parte vencida en el juicio.

5.2. Colpensiones: Solicitó la revocatoria de la sentencia, esgrimiendo que no obran pruebas suficientes que permitan declarar la *nulidad* del referido traslado, dado que estuvieron afiliados durante suficiente tiempo para acercarse a las entidades e indagar cuales eran las características de cada uno de los regímenes y cual le era más beneficiosa. Añadió que no se determinó que el traslado a Porvenir hubiere generado un perjuicio a los demandantes, dado que nunca se hizo una proyección del monto de las pensiones.

Solicitó que, en caso de confirmarse la decisión de primera instancia, se ordene a Porvenir trasladar la totalidad de los aportes realizados por los demandantes, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, valores que deben pagarse de manera indexada para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema.

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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2018-00182-02 (acumulado)
DEMANDANTE: MARGARET DE JESÚS CORTINA BARRIOS Y OTROS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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 Margareth de Jesús Cortina Barrios, Gustavo Adolfo Insignares Gutiérrez y Elizabeth Gómez Mercado al RAIS, con la consecuente devolución de los aportes con destino al RPM, administrado por Colpensiones. En caso afirmativo, si la orden de devolución debió limitarse a los saldos existentes en la cuenta de ahorro pensional de los demandantes y sus rendimientos, excluyendo lo concerniente a cuotas de administración, sumas adicionales y demás emolumentos reseñados por la sentenciadora.

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 a la gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento, como el inexcusable deber de brindar a los afiliados 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 y complementará la decisión del *a quo*, en sentido 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, debidamente indexados.

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,

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2018-00182-02 (acumulado)
DEMANDANTE: MARGARET DE JESÚS CORTINA BARRIOS Y OTROS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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 SL16882019, 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 la *nulidad* declarada fue saneada por el tiempo, dada la pasividad de los afiliados y que no se acreditó un perjuicio frente a su situación pensional.

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2018-00182-02 (acumulado)
DEMANDANTE: MARGARET DE JESÚS CORTINA BARRIOS Y OTROS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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 esa medida, el deber de las AFP de brindar una información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional es ajeno a circunstancias como la señalada por el Tribunal, pues lo cierto es que la ineficacia alegada se analiza frente al acto mismo de traslado, al margen de que se hubiese generado o no un riesgo o perjuicio en materia pensional derivado de la calidad de beneficiaria del régimen de transición o de la proximidad de la afiliada a consolidar la prestación de vejez (CSJ SL5595-2021).

Del mismo modo, resulta necesario recordar 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 no hubo asimetría de la información y demostrar de forma certera que, cuando ocurrió la traslación entre regímenes, el afiliado

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2018-00182-02 (acumulado)
DEMANDANTE: MARGARET DE JESÚS CORTINA BARRIOS Y OTROS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

contaba con los elementos de juicio suficientes para decidir de forma libre, voluntaria e informada¹.

Conforme tales previsiones, 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 (CSJ SL1688-2019).

En esa senda, 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).

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 la juzgadora de primera instancia. En efecto, solo obra el interrogatorio de parte rendido por los accionantes, de los cuales no se deriva una confesión del hecho discutido, pues ellos adujeron que solo fueron informados de los beneficios exorbitantes del régimen, a la vez que fueron advertidos sobre la liquidación del Instituto de Seguros Sociales, lo que implicaba un riesgo de pérdida de su ahorro.

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

¹ (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4373-2020 y CSJ SL587-2021).

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2018-00182-02 (acumulado)
DEMANDANTE: MARGARET DE JESÚS CORTINA BARRIOS Y OTROS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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 los accionantes habían 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.

En línea con lo anterior, importa señalar que la firma impuesta en el formulario de vinculación no es suficiente para entender que el usuario ha tomado una decisión informada, en la medida en que ello no da cuenta de la adquisición del conocimiento suficiente sobre los efectos de su elección. En ese sentido, ha explicado la alta corporación que no es viable entender que la simple rúbrica impuesta en un formulario, como señal de asentimiento, pueda sustituir la entrega de información que solo compete a las administradoras².

Del mismo modo, 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

² CSJ SL4373-2020

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2018-00182-02 (acumulado)
DEMANDANTE: MARGARET DE JESÚS CORTINA BARRIOS Y OTROS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado³.

De otra parte, respecto del hecho de que el asegurado hubiere realizado aportes voluntarios en el RAIS, se tiene, que la Corte Suprema de Justicia ha ilustrado que dicho suceso no tiene la potencialidad de ratificar que el traslado de régimen se efectuó con los parámetros informativos suficientes y requeridos que debió proporcionar la AFP, así como tampoco subsana que se haya incumplido dicha obligación (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, reiterada en CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ S2954-2019, CSJ SL4937-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL1004-2021).

Con todo, ante el descuido de la AFP de su carga probatoria, es dable concluir que los afiliados desconocían 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

³ CSJ SL5688-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2018-00182-02 (acumulado)
DEMANDANTE: MARGARET DE JESÚS CORTINA BARRIOS Y OTROS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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 y, 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 del actor, por tratarse de descuentos que operan por ministerio de la ley y que involucran a terceros.

Frente a ese planteamiento, es necesario advertir que no existe el yerro endilgado al juzgador de primera instancia, en razón que, independientemente de haberse declarado la ineficacia y no la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS, las consecuencias de dicha declaratoria serán aquellas de que trata el artículo 1746 del Código Civil, dado que no existe previsión alguna en la legislación civil que señale cuales son las consecuencias de declaratoria de ineficacia del acto jurídico, y por tanto conforme a jurisprudencia nacional, las consecuencias de la ineficacia se asemejan a las consecuencias que conlleva la nulidad⁴.

Bajo ese marco, en sentencias como la CSJ SL4608-2021, se ha explicado 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, de conformidad con la normativa y la jurisprudencia transcrita en precedencia, en consonancia con el reparo efectuado por Colpensiones en ese sentido, esta Sala adicionará la decisión de primer grado, para dejar sentado que la consecuencia de la ineficacia declarada apareja devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de

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)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2018-00182-02 (acumulado)
DEMANDANTE: MARGARET DE JESÚS CORTINA BARRIOS Y OTROS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y las comisiones, con cargo a sus propios recursos, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, esos recursos debieron ingresar al RPM administrado por Colpensiones, determinación que, a su vez, salvaguarda el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones.

3.3. 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.

De otra parte, en lo concerniente al cuestionamiento de Porvenir SA frente a la decisión del *a quo* de compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, considera la Sala que no puede ser objeto de estudio en la alzada, dado que es una facultad discrecional de los funcionarios poner en conocimiento de las autoridades competentes cualquier situación que estimen llegar a ser constitutivos de faltas⁵.

Finalmente, se advierte que le asiste razón al argumento expuesto por la gestora Porvenir en su alzada, en cuanto que se debió imponer condena en costas contra Colpensiones, como parte del extremo pasivo de la presente litis, ello debido a que las mismas no están supeditadas a una actuación subjetiva de la demandada, sino exclusivamente a las resultas del proceso, gravando a la parte que no sacó avante las pretensiones o, como en este caso, las excepciones, según el artículo 365 del CGP.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, se modificará la decisión para precisar todos los conceptos que deberá devolver la AFP accionada al RPM y para incluir a Colpensiones como destinataria de las costas impuestas en esa sede. En lo demás, se confirmará la sentencia de primer grado.

⁵ CSJ STC. 23 de febrero de 2012, exp. 2011-00102

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2018-00182-02 (acumulado)
DEMANDANTE: MARGARET DE JESÚS CORTINA BARRIOS Y OTROS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

No se impondrá condena en costas por esta instancia, habida cuenta la prosperidad parcial de los recursos de apelación impetrados por Colpensiones y Porvenir SA.

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, el cual quedará así:

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se condena a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de Margareth de Jesús Cortina Barrios, Gustavo Adolfo Insignares Gutiérrez y Elizabeth Gómez Mercado con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal sexto de la decisión de primer grado, el cual quedará así:

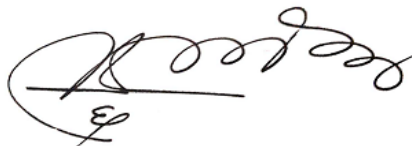
SEXTO: Condenar en costas a Porvenir y Colpensiones. Tásense por Secretaría.

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

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

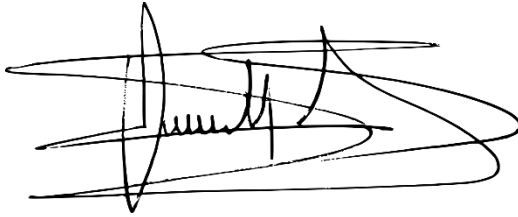
QUINTO: En firme esta decisión, devuélvase el expediente a su lugar de origen para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado Ponente

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20011-31-05-001-2018-00182-02 (acumulado)
DEMANDANTE: MARGARET DE JESÚS CORTINA BARRIOS Y OTROS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado