

**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: 20001-31-05-001-2021-00178-01
DEMANDANTE: ANTONIO MARIA ANDRADE TOBIAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: CONFIRMA SENTENCIA

Valledupar, veintiocho (28) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 27 de octubre de 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ANTONIO MARIA ANDRADE TOBIAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.**

I. ANTECEDENTES

1. LIBELO INTRODUCTORIO

Persigue el demandante que se declare la ineficacia del traslado de Régimen pensional que efectuó con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En consecuencia, solicita que se ordene a la AFP Porvenir SA trasladar al sistema público la totalidad de lo ahorrado por el afiliado en su cuenta de ahorro individual, bonos pensionales, los rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas con motivo de esa afiliación; además, que una vez efectuado lo anterior, se ordene a Colpensiones proceda a aceptar dicho traslado.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00178-01
DEMANDANTE: ANTONIO MARIA ANDRADE TOBIAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

Como sustento factico de esas pretensiones, relató que el demandante cotizó al régimen de prima media con prestación definida, a través del extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el año 1987, hasta que se produjo su traslado al RAIS, específicamente a la AFP Porvenir SA, en el año 2006.

Adujo que dicho traslado se efectuó cuando un asesor de Porvenir se acercó a su sitio de trabajo para ofrecerle ese negocio jurídico, el cual se llevó a cabo sin que mediara asesoría, información o explicación sobre las consecuencias, ventajas o desventajas que podía acarrear ese acto.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez subsanada, la demanda fue admitida mediante auto del 15 de septiembre de 2021, y una vez notificado ese proveído a las demandadas, procedieron a dar respuesta dentro del término legal para hacerlo, como sigue:

2.1. Porvenir SA: Admitió la afiliación del demandante a esa gestora, esgrimiendo que ello se dio después de haberla asesorado sobre las implicaciones de su decisión, funcionamiento del RAIS y condiciones pensionales, tal como se observa en el formulario de vinculación correspondiente, documento público que debe presumirse autentico. Agregó que la permanencia de la actora en el RAIS fue producto de su voluntad y de la expectativa legítima de pensionarse bajo las condiciones del mismo, teniendo en cuenta que nunca expresó inconformidad alguna por ausencia de información o solicitó su retorno al RPM, teniendo amplios periodos de tiempo para hacerlo.

En su defensa, propuso las excepciones perentorias de «Prescripción», «Buena fe», «Compensación» e «Inexistencia de la obligación».

2.2. Colpensiones: En cuanto a los hechos, dijo ser cierto el hecho de la vinculación del demandante al RPM a través de la administradora, mientras sostuvo no constarle los restantes. Se opuso a 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 deprecado, dado

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00178-01
DEMANDANTE: ANTONIO MARIA ANDRADE TOBIAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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

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

4. SENTENCIA APELADA

Concluyó el trámite de primera instancia mediante sentencia de fecha 27 de octubre de 2022, donde se resolvió declarar la ineficacia del traslado que realizó el demandante al RAIS, condenando a Porvenir a devolver «[...] *que traslade al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos. También a devolver el porcentaje por gastos de administración, primas de seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en el que el demandante permaneció como su afiliado en el RAIS. [...]*»; declaró no probadas las excepciones que fueron invocadas por las demandadas 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 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 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 ésta 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 SA para administrar sus aportes pensionales, esas

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00178-01
DEMANDANTE: ANTONIO MARIA ANDRADE TOBIAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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

5.1. Colpensiones: Solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia con fundamento en que, en el presente asunto, no se cumplen con los requisitos normativos establecidos para el traslado del RPMPD hacia el RAIS, previstos en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003 y que han sido analizados por la jurisprudencia constitucional.

5.2. Porvenir SA: El vocero judicial esgrimió que afiliación del actor a la AFP Porvenir no adolece de ningún vicio y de haber existido ya se encuentran saneados por el paso del tiempo, así como por la ratificación de los actos jurídicos realizados por la demandante. Agregó que resulta inverosímil después de tantos años de haberse trasladado de régimen, la parte actora pretenda una migración prohibida por la ley vigente.

Acotó que, a pesar que el demandante afirma que fue inducido en error, debe tenerse en cuenta que los dos regímenes son diferentes, conforme lo establece la ley, y no se pueden equiparar, pues cada uno tiene sus características y beneficios propios, por lo que no puede considerarse que uno sea más ventajoso que otro. En ese sentido, adujo que la mera aseveración de falta de información no es conducente para probar los hechos referidos y la ignorancia de derecho no sirve de excusa, por lo que la persona que lo celebró debe asumir las consecuencias del acto jurídico.

Discutió la orden de devolución de rendimientos y cuotas de administración, atendiendo que la rentabilidad que se ha generado dentro de las cuentas de los trabajadores obedece a la buena administración de los aportes efectuado por el fondo y, por tanto, no es dable que se le condene a retornar esas sumas de dinero. Resaltó que 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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00178-01
DEMANDANTE: ANTONIO MARIA ANDRADE TOBIAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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.

Manifestó su inconformidad respecto de las costas impuestas, ratificando que actuó de buena fe y de acuerdo con la normatividad aplicable y de acuerdo a derecho.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado judicial de la parte demandante ANTONIO MARIA ANDRADE TOBIAS, allegó escrito alegando de conclusión, con el fin que, se deje en firme el fallo de primera instancia, en cuanto a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional de su prohijado. Estableció que, la información es considerada como un derecho que todo ciudadano tiene a enterarse sobre aquello que desconoce, (Asamblea Nacional Constituyente 1991) de una manera clara, detallada y transparente, acerca de situaciones que puedan llegar a ser de su interés, y más para los casos pensionales donde existen muchos intereses y expectativas futuras de las personas.

Citó a su vez el literal b del artículo 13° de la Ley 100 de 1993 y, expresó que, por tanto, le correspondía a PORVENIR dar cuenta sobre la documentación clara y suficiente de los efectos que acarrearía el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz dicho tránsito y estimó que, son estas instituciones financieras quienes se ubican en una posición de ventaja frente a sus usuarios y que, la legislación intenta reequilibrar tal desventaja mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Aclaró que, aunque era cierto que su poderdante consignó su firma voluntariamente en un formato preimpreso, no era menos cierto que, tal voluntad estaba viciada, fruto de una información sesgada e inadecuada, por parte de la AFP, que no le permitió a este evaluar las condiciones que más le favorecía.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00178-01
DEMANDANTE: ANTONIO MARIA ANDRADE TOBIAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

Finalmente precisó lo estipulado en el artículo 1603° del Código Civil y lo normado en el Decreto 656 de 1994, ley anterior a la realización del traslado.

La apoderada judicial de la parte demandada COLPENSIONES, allegó escrito alegando de conclusión, con el fin que, se efectúe el estudio y revisión en su de la sentencia proferida en primera instancia. Citó lo normado en la SL2753 del 15 de junio de 2021, con Radicación 8510418, y lo estipulado en el literal e) del artículo 13° de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, así como a la Corte Constitucional en sentencia SU 130 del 13 de marzo de 2013 y en sentencia T-168/09.

En ese sentido, explicó que, de acuerdo a las pruebas aportadas en la demanda, el demandante nació el 11 de enero de 1959 y a la fecha de la admisión de la demanda (15/09/2021) tenía 62 años, por lo que ya tenía la edad para tener derecho a la pensión de vejez. De lo anterior expuso que, el mismo, no puede trasladarse de régimen por prohibición expresa del artículo antes mencionado, puesto que, el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de forma libre y voluntaria, produce la pérdida del régimen de transición establecido en el artículo 36° de la misma ley.

Dicho lo anterior, anotó que, el demandante no cumple con los requisitos exigidos, toda vez que no cuenta con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, es decir, al 01 de abril de 1994, condición indispensable para efectuar dicho traslado. Así mismo, argumentó que, se encontraba configurada la falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que, su representada no es responsable de la validación de los requisitos requeridos para el traslado del régimen, es decir, que la aprobación o rechazo del traslado, lo determina la AFP a la que se encuentre afiliado el demandante.

El apoderado judicial de la parte demandada PORVENIR S.A, allegó escrito alegando de conclusión, con el fin que, se revoque la sentencia proferida en primera instancia y, en consecuencia, se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda. Aludió que, el demandante realizó solicitud de traslado de

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00178-01
DEMANDANTE: ANTONIO MARIA ANDRADE TOBIAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

régimen pensional el día el día 22 de septiembre de 2006, con efectividad a partir del 01 de noviembre del mismo año mediante documento público No. 02665467 a la AFP PORVERNIR S.A.; que, firmó el formulario de afiliación indicando de manera expresa que había sido asesorado de forma concreta y en especial de las implicaciones de su decisión. De lo anterior, trajo a colación el artículo 11° del Decreto 692 de 1994 y circulares 034 y 037 de 1994 expedidos por la Superintendencia Financiera.

Por otro lado, advirtió que, al demandante no le asiste el derecho deprecado, dado que se encuentra inmerso en la prohibición del traslado de régimen según lo establecido en el literal E2 del artículo 13° de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 797 del 2003, y añadió que, se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión y que, a fecha de 01 de abril de 1994, no contaba con 35 años ni tampoco contaba con las 750 semanas necesarias.

Dio cuenta que, su representada ha cumplido con el deber de información y ha establecido un procedimiento de capacitación dirigida a los asesores comerciales consistente en darle herramientas a los asesores sobre las características propias del RAIS con el fin de ser transmitidas en debida forma a los clientes, conforme a la normatividad vigente.

Sin embargo, alegó que, para la fecha de afiliación del demandante, los Fondos Privados de Pensión no tenían obligación diferente a brindar toda la información necesaria de manera completa, pero de ninguna manera a mantener constancia escrita de las asesorías, ni mucho menos se exigía la Proyección Pensional al afiliado, sólo hasta la expedición del concepto No. 2015123910002 del 29 de diciembre del año 2015 por la Superintendencia Financiera de Colombia, en concordancia con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 del 2015.

Señaló que, en cuanto a la nulidad absoluta invocada por el demandante, ha de hablarse en su lugar de nulidad relativa o bien sea anulabilidad. Dicho lo anterior, indicó que, en el caso se cumplen los presupuestos según lo arrojado al proceso que, han pasado 17 años desde que el demandante efectuó el traslado de régimen e igualmente, realizó aportes mes a mes para su pensión en su representada. Así mismo, puso

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00178-01
DEMANDANTE: ANTONIO MARIA ANDRADE TOBIAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

de presente los artículos 1508° y siguiente del Código Civil, en sintonía con la siendo la sentencia hito C-993 de 2006.

Con respecto a la devolución de rendimientos y cuotas de administración, advirtió que, gracias a la gestión de su protegida, la cuenta ahorro individual se ha incrementado en determinado porcentaje, y, en ese sentido estableció que, esto no hubiere sido posible si el afiliado estuviere cotizando en COLPENSIONES, dado que, la ley establece que los rendimientos pertenecen al fondo de reparto común y porque en la práctica en este último, los aportes efectuados por los afiliados de hoy, financian las pensiones actuales y la diferencia se financia con los aportes de la Nación. Concluyó explicando que, en el caso particular, si se hubiere afiliado a COLPENSIONES, hoy sus aportes no tendrían rendimientos. Apoyó lo anterior según lo expresado en el artículo 113° de la Ley 100 de 1993, en el concepto No. 2019152169-003-000 de fecha 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera.

Añadió lo establecido en el artículo 1746° del Código Civil y agregó que, de llegar a considerarse que no es procedente reintegrar sólo el equivalente a los rendimientos del ISS, sino que en su lugar se debe trasladar la totalidad de los rendimientos financieros generados en el RAIS; apuntó que, debe autorizarse descontar de tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar, dado que, sin importar la causa que haya originado la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS, se debe reconocer a la AFP las expensas de los gastos que se hayan hecho en favor del afiliado en procura de generar dichos rendimientos, según lo normado en el artículo 20° de la Ley 797 de 2003.

Finalmente, manifestó que, con respecto a la condena en costas, la suma de 4 SMLMV es excesiva, puesto que su poderdante cumplió con los deberes que se encuentran en cabeza de ella por disposición normativa y jurisprudencial.

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00178-01
DEMANDANTE: ANTONIO MARIA ANDRADE TOBIAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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 en cuanto declaró la ineficacia del traslado efectuado por Antonio María Andrade Tobías 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, excluyendo lo concerniente a rendimientos y cuotas de administración.

Por otra parte, deberá indagarse si era procedente imponer costas en primera instancia contra Porvenir o si, por el contrario, debió ser absuelta de esa condena por comprobarse un actuar de buena fe por parte de la AFP.

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 al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00178-01
DEMANDANTE: ANTONIO MARIA ANDRADE TOBIAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

De igual forma, se avalará 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, comisiones 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.

Finalmente, no se modificará la decisión frente a la imposición de costas, debido a que dicha condena se sustenta en criterios legales y objetivos, sin que pueda acudirse a postulados de buena fe para su exoneración.

3. DESARROLLO DE LA TESIS

3.1. Validez del traslado efectuado entre regímenes pensionales

La ley 100 de 1993, estableció en Colombia un modelo dual en el sistema general de pensiones, donde coexisten dos regímenes, el primero, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS–, administrado por los fondos privados de Pensiones, y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD– administrado por el antes Instituto de los Seguros Sociales, liquidado en el 2012, lo asumió la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, amén de los regímenes especiales para las fuerzas militares, la policía y el magisterio.

Por su parte, el artículo 13 de la ley 100 del 1993 establece la libertad de escogencia de régimen pensional, así como los presupuestos básicos para la procedencia de traslado entre los regímenes, imponiendo que la selección de cualquiera de ellos debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado; a su vez, el artículo 271 *ibidem* señala que, si se atenta contra el derecho a la libre afiliación, ésta quedará sin efecto y el artículo 272 de la misma ley prevé que la actuación que menoscabe la libertad, dignidad humana o derechos de los trabajadores perderá toda consecuencia jurídica.

La Corte Suprema de Justicia, a través de proveído CSJ SL16882019, en desarrollo de los mandatos de esos artículos, planteó algunos requisitos

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00178-01
DEMANDANTE: ANTONIO MARIA ANDRADE TOBIAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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 de haber existido se saneó por el paso del tiempo, invocando, además, que el desconocimiento de la ley no es excusa y que el error de derecho no genera la *nulidad* del negocio jurídico.

Bajo las reglas reseñadas, lo primero que debe decirse es que una de las maneras de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, es omitir suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de régimen pensional. Por tanto, el estudio del elemento del consentimiento en el cambio de régimen no debe fundarse en la verificación de los vicios de error, fuerza o dolo relativos a la validez del acto, sino que debe centrarse en la constatación del cumplimiento del deber de información y buen consejo a cargo de las AFP.

Así lo dispuso el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en sentencia CSJ SL2208-2021:

*[...] el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general **cualquier persona** natural o jurídica **que impida o atente en cualquier forma** contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] **la afiliación respectiva quedará sin efecto**».* Resaltado del texto original.

Atendiendo esas premisas, lo que debe precisar el fallador para definir si el traslado surte efectos es la existencia de la voluntad efectivamente informada, en el entendido que es un deber profesional de las administradoras de fondos de pensiones brindar la información

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00178-01
DEMANDANTE: ANTONIO MARIA ANDRADE TOBIAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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, respecto a la obligación de acreditación del cumplimiento de esa obligación por la gestora, 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 existentes¹.

Debe advertirse, además, que, contrario a lo sostenido por la AFP Porvenir en la apelación, para la procedencia de la ineficacia bajo estudio no se requiere que exista un perjuicio económico concreto, es decir, no se estudia si finalmente uno u otro régimen le resultaba más o menos favorable a la actora, sino la falta de información sobre las características que la llevarían a decantarse por uno o por otro. Recuérdese que no se persigue crear reglas de pensamiento general e inamovibles, tales como creer que siempre el RPM será más favorable para los afiliados en contraposición al del RAIS, o presumir que hubo engaño por no mediar documentación dentro del expediente que acredite la información suministrada.

¹ CSJ SL1688 de 2019

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00178-01
DEMANDANTE: ANTONIO MARIA ANDRADE TOBIAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

Por lo que se propende es porque el juez forje de manera libre su convencimiento a partir de ciertas directrices claras, a saber, que la asesoría prestada por los fondos de pensiones -así sea verbal o escrita-, sea focalizada y dirigida a las condiciones particulares de cada uno de los afiliados. No se trata solo de elaborar un discurso abstracto que explique en qué consiste uno y otro régimen, sino que, por el contrario, contenga las implicaciones concretas de lo que sería la causación de su derecho pensional en uno u otro escenario.

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, se advierte que ninguno de los documentos aportados al proceso acredita el cumplimiento de la obligación de asesoría en cabeza de la gestora, sin que sea posible darlo por demostrado con el formulario de la afiliación invocado por Porvenir SA, toda vez que no basta para ello la afirmación que allí se consigna, en cuanto a que la vinculación se hace de manera libre y voluntaria, tal como lo ha explicado copiosamente la jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad laboral, en providencias como la CSJ SL1688-2019.

En esa medida la 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 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 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 traslado².

Adicionalmente, en la sentencia CSJ SL3349-2021, la Corte

² CSJ SL5688-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00178-01
DEMANDANTE: ANTONIO MARIA ANDRADE TOBIAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

Suprema de Justicia examinó la posibilidad de que se sanee el cambio de régimen pensional, por incumplimiento del deber de información, con: i) la «*desidia del interesado en indagar por las condiciones y características*» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del o la afiliada, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos.

Con todo, ante el descuido de la AFP de su carga probatoria, es dable concluir que el afiliado desconocía la repercusión que tenía la decisión de traslado de régimen sobre sus derechos pensionales, lo que torna ese acto ineficaz, de acuerdo con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

3.2. Efectos de la declaratoria de ineficacia

Ahora bien, la jurisprudencia reseñada tiene establecido que la trasgresión al deber información cuando se realiza un cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Tal declaratoria conlleva privar de todo efecto jurídico práctico al traslado que realizó el actor 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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00178-01
DEMANDANTE: ANTONIO MARIA ANDRADE TOBIAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

(la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis” (Subrayado fuera de texto original)

Bajo esa previsión, se torna innecesario el análisis de los requisitos previstos en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, invocados en la alzada por la vocera judicial de Colpensiones, toda vez que, como se dijo, la consecuencia necesaria de la declaratoria de ineficacia es precisamente retornar las cosas al estado anterior, es decir, se tiene que el actor nunca dejó de ser afiliado del régimen de prima media.

3.3. Sumas que deben trasladarse por la declaratoria de ineficacia

Ahora, en punto al recurso de apelación de Porvenir SA, el vocero judicial de la AFP reprochó que se haya ordenado la devolución de gastos de administración, por tratarse de dineros resultantes de la buena gestión de la entidad. También se opuso al traslado de lo pagado por seguros previsionales, 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 a la juzgadora 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 nulidad³.

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*

³ 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: 20001-31-05-001-2021-00178-01
DEMANDANTE: ANTONIO MARIA ANDRADE TOBIAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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, resulta acertada la orden de devolución de esos conceptos por parte de la sentenciadora de primer grado, 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.

3.4. 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.

Finalmente, frente a la condena en costas a cargo de Porvenir, basta decir que, conforme a lo estipulado en el artículo 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, es la parte vencida en el proceso o a quien se le decida desfavorablemente los recursos de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto, quien debe ser condenada en costas.

Se trata entonces de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena en costas a quien sea vencido en el juicio, sin que sea necesario entrar a analizar la razón (CSJ SL3661-2021). En esa medida no hay lugar a modificar la decisión del *a quo*, ya que la juzgadora simplemente acató lo ordenado en la ley.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia de primer grado.

Al no salir avante los recursos de apelación de Porvenir y Colpensiones, se condenará a las gestoras vencidas en costas, tal como lo ordena el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2021-00178-01
DEMANDANTE: ANTONIO MARIA ANDRADE TOBIAS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

En mérito de lo expuesto el Tribunal administrando justicia en nombre de la República de Colombia y Por autoridad de la ley,

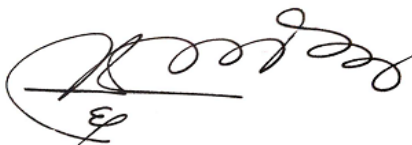
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 27 de octubre de 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar.

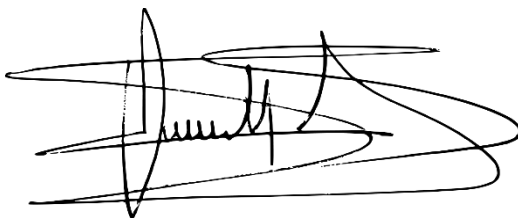
SEGUNDO: Costas a cargo de las recurrentes vencidas. Como agencias en derecho a favor del demandante, y contra las demandadas Porvenir SA y Colpensiones, se fija la suma de un salario mínimo legal vigente, que deberán asumir el 50% cada una. Liquidense concentradamente por el juez de primera instancia.

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

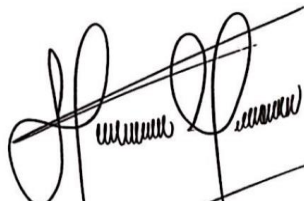
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado Ponente



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado