

**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: 20001-31-05-004-2022-00011-01
DEMANDANTE: CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS
DECISIÓN: CONFIRMA LA SENTENCIA

Valledupar, treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.**

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Persigue el demandante que se declare la ineficacia del traslado que efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En consecuencia, solicita que se tenga que Cecil Alfonso Cuao Araujo ha tenido como única afiliación válida al sistema general de pensiones la efectuada al RPM, hoy administrado por Colpensiones y, por tanto, se condene a Porvenir a trasladar al sistema público la totalidad del capital ahorrado por el demandante en su ahorro individual, bonos pensionales, sumas adicionales a la aseguradora, con

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00011-01
DEMANDANTE: CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren generado.

2. FUNDAMENTOS DE HECHO

En síntesis, relatan los hechos de la demanda que Cecil Alfonso Cuao Araujo cotizó en pensiones al RPM, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales, desde el 7 de septiembre de 1992 hasta que se produjo su traslado al RAIS, específicamente a la AFP Colpatria SA, el 18 de mayo de 1995; donde permaneció afiliado hasta el 27 de agosto de 1999, fecha en la que gestionó su migración a la AFP Porvenir SA.

Adujo que dicho traslado se efectuó sin que mediara asesoría, información comprensible o explicación sobre las consecuencias, ventajas o desventajas que podía acarrear ese acto.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 24 de febrero de 2022, y una vez notificado ese proveído a las demandadas, procedieron a dar respuesta dentro del término legal para hacerlo, como sigue:

3.1. Porvenir SA: Se opuso a las pretensiones esgrimiendo que el traslado del demandante al RAIS se efectuó con la AFP Colpatria de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informado sobre el funcionamiento del régimen, así como de sus condiciones. Agregó que el traslado horizontal realizado con destino a Porvenir se hizo en las mismas condiciones de libertad y asesoramiento, tal como consta en el respectivo formulario de afiliación.

En su defensa, invocó las excepciones perentorias de «*Prescripción*», «*Buena fe*», «*Inexistencia de la obligación*» y «*Compensación*»

3.2. Colpensiones: Admitió lo concerniente a la afiliación del demandante a esa administradora, mientras dijo no constarle los hechos restantes. Se opuso a la prosperidad de los pedimentos del actor arguyendo que para la época en que se llevó a cabo el traslado de régimen del actor los fondos de pensiones únicamente contaban con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento y consentimiento del usuario respecto del traslado, por cuanto las leyes que

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00011-01
DEMANDANTE: CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente a ese documento, por lo que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.

En desarrollo de su oposición, invocó como excepciones de mérito la «*Inexistencia de las obligaciones reclamadas*», «*Prescripción*», «*Falta de legitimación en la causa por pasiva*» y «*Buena fe*».

4. SENTENCIA APELADA

Concluyó el trámite de primera instancia mediante sentencia de fecha 15 de noviembre de 2022, donde se resolvió declarar la ineficacia del traslado que hizo el demandante del RPM al RAIS. En consecuencia, condenó a Porvenir a devolverle a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones y valores utilizados en seguros previsionales, durante su afiliación a esa gestora, y por el tiempo que permaneció en Colpatria, por haberse producido su fusión con aquella; declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas y condenó en costas a 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 afiliado 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 de las consecuencias que derivaban para su derecho pensional del traslado que le proponían.

Expuso que la gestora no demostró que el demandante recibió información suficiente completa y clara, que le permitiera a éste conocer y distinguir plenamente los costos beneficios de ese traslado, puesto que, si bien en el formulario de traslado que firmó aparece que escogió en forma libre, espontánea y sin presiones el RAIS, así como la selección la gestora privada 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, Colpensiones y Porvenir interpusieron recursos de apelación, los que fueron formulados y sustentados, en el siguiente orden:

5.1. Porvenir: Su vocera judicial esgrimió que la 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 el 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 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.

Insistió que la sentencia no tuvo en cuenta la teoría de las restituciones mutuas de que trata el Código Civil, en el entendido en que no se autorizó a Porvenir para descontar los valores que correspondan al

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00011-01
DEMANDANTE: CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

porcentaje a los gastos de administración, ni se tuvo en cuenta el costo de tener una persona afiliada a la AFP y que le generaren los rendimientos que ha obtenido el demandante, por lo que, a juicio de la recurrente, se ha desconocido las expensas en que tuvo que incurrir esa administradora para aumentar el capital que se encontraba en la cuenta de ahorros del demandante.

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

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

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

Finalmente, apuntó que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva, por no ser competente para aprobar el traslado, agregando 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°

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00011-01
DEMANDANTE: CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

de la ley 797 de 2003 y que han sido analizados por la jurisprudencia constitucional.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado judicial de la parte demandante CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO, allegó escrito alegando de conclusión, con el fin que, se confirme la sentencia de primera instancia. Manifestó que, los formularios de afiliación diligenciados carecen de legalidad, dado que, su poderdante viene del RPM y pasa al RAIS sin ningún tipo de ilustración o asesoría necesaria para la toma de una decisión consciente sobre su futuro pensional. Alegó que, el formulario de afiliación no constituye medio probatorio para determinar que a su prohijado se le brindó una información transparente, precisa y comprensible sobre las ventajas, desventajas y riesgos hacia el futuro que le traería al trasladarse de régimen pensional. Y que, por ende, dicho afiliación debe declararse nula por vicios en el consentimiento.

Expresó que, no existe prueba alguna aportada dentro del proceso donde la accionada haya cumplido con los parámetros del Decreto 692 de 1994, Decreto 1161 de 1994 y el Decreto 3995 de 2008, es decir, informar por escrito a sus potenciales afiliados el derecho de retractarse. Por otro lado, agregó que, la afiliación en cuestión ha afectado los principios a la vida en relación. Invocó sentencia CSJ SCL del 18 de marzo del 2020 MP Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, Rad No. 57444. Estimó que, su poderdante con el fondo privado jamás alcanzaría una pensión de vejez acorde a lo devengado en la actualidad, toda vez que con el capital acumulado en su cuenta de ahorros individual alcanzaría para una pensión mínima, es decir, de un 1 SMLMV, situación que reprocha, dado que, la misma es una persona que ha realizado aportes importantes en su vida productiva.

Agregó que, el principio de libre escogencia de la afiliación se ha extinguido por el abuso de los fondos al ofrecer beneficios que jamás podrán cumplir, conforme a los artículos 13° y 271° de la Ley 100 de 1993, toda vez que desde su creación los fondos privados de pensiones, tienen la obligación de informar a los potenciales afiliados sobre las ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales existentes en nuestro país.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00011-01
DEMANDANTE: CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

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. Aludió que, el demandante realizó traslado de régimen a la AFP COLPATRIA S.A., y posteriormente traslado horizontal en el RAIS a la AFP PORVENIR S.A a fecha veintisiete (27) de febrero de 1999 mediante formulario 01232785 y reiterado el diecinueve (19) de enero de 2000 mediante formulario No.01300139, de manera que indicó haber sido asesorado de forma concreta. De lo anterior, trajo a colación el artículo 11° del Decreto 692 de 1994 y circulares 034 y 037 de 1994 expedidas 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. Señaló que, la afiliación inicial del demandante obedeció a un acto libre en cuya ejecución no se incurrió en ningún vicio que hubiere podido afectar el consentimiento, de modo que, se aduce que, los traslados horizontales realizados por el mismo, ratifican su ánimo de permanencia en el RAIS. Así mismo, dio cuenta que, su representada ha cumplido con todos y cada uno de los presupuestos legales en relación con la vinculación de los afiliados al régimen de pensiones y, el deber de información. Por ende, manifestó que, no es de recibo las afirmaciones infundadas en relación con aparentes engaños o indebida asesoría veintiocho (28) años después.

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00011-01
DEMANDANTE: CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

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, no ha de haber lugar a la condena en costas, puesto que, su poderdante cumplió con los deberes que se encuentran en cabeza de ella por disposición normativa y jurisprudencial.

El apoderado sustituto de la parte demandada COLPENSIONES, allegó escrito alegando de conclusión, con el fin que, se revoque la sentencia de primera instancia en lo atinente a las condenas impuestas a su representada. Manifestó que, el demandante de manera libre, voluntaria, consciente y consecuente, sin ningún vicio del consentimiento decidió trasladarse al RAIS, en donde ha logrado un total de 861 semanas cotizadas aproximadamente, pretendiendo la nulidad del traslado y afiliación, y solicitando el retorno al RPM y con ello la afiliación a COLPENSIONES.

Trajo a colación sentencia SL17595-2017 del 18 de octubre de 2017 de la CSJ para señalar los criterios que deben tener los fondos administradores de pensiones antes de realizar el traslado de régimen de los afiliados. En ese sentido, expresó que, en el caso concreto se observa que la selección de régimen por parte del demandante cumplió con dichos presupuestos, pues no se evidencia ninguna circunstancia que permita concluir que el demandante fue inducido al error o engaño, debido a que antes de la afiliación debió recibir a información sobre el alcance del mismo, sobre las condiciones del disfrute pensional entre otros beneficios del traslado.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00011-01
DEMANDANTE: CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

Seguidamente arguyó lo estipulado en literal E del artículo 13° de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Y mencionó que, se encontraba probado que el demandante nació el 18 de abril de 1956, es decir que, de conformidad con lo establecido en el artículo 33° ibidem, al actor le faltan menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad exigida para tener derecho a la pensión de vejez; encuadrándose su caso con los supuestos descritos en la citada norma.

Advirtió que, existen deberes mínimos en cabeza de los afiliados al Sistema General de Pensiones, y destacó que el silencio en el transcurso del tiempo se entendía como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado. Alegó que, llamaba la atención que, hasta la actualidad, muchos años después del traslado al RAIS, el demandante manifieste su desacuerdo y busque por este medio judicial volver al RPM, de acuerdo con la historia laboral expedida por su representada y que fue debidamente aportada como medio de prueba en el proceso de la referencia, se puede evidenciar que sólo se efectuaron cotizaciones en el dicho régimen por un total de 139,29 semanas. Es decir, que en su mayoría y conforme a lo anterior, el demandante ha permanecido mayoritariamente en el RAIS.

Citó a la CSJ en sentencia SL 17595 de 2017, SL 413 de 2018 y, estimó que, la decisión del accionante fue tomada de manera reflexiva, puesto que, el mismo ha mantenido comunicación constante con la AFP PORVENIR, y ha adquirido información de saldos y movimientos, cumpliendo con una de las causales jurisprudencialmente desarrolladas que brindan certeza del entendimiento y capacidad de comprensión del afiliado sobre el régimen.

Puso de presente la sentencia SL812 de 2022 rad. 85440 y, agregó que, su representada no debe asumir con los resultados de una nulidad decretada sobre un traslado completamente libre, consciente e integralmente voluntario desplegado por el demandante, sobre el cual las AFP demandadas desempeñaron toda la carga reglamentaria impuesta para que el consentimiento del actor estuviese libre de cualquier vicio que pudiese anular su traslado.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00011-01
DEMANDANTE: CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

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 los recursos en los términos en que fueron formulados, 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 Cecil Alfonso Cuao Araujo 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 del demandante, excluyendo lo concerniente a rendimientos, cuotas de administración y gastos previsionales.

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00011-01
DEMANDANTE: CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

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.

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00011-01
DEMANDANTE: CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

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 del consentimiento, que para la época del traslado no existía obligación de dejar constancia escrita de la asesoría brindada y que la pasividad del afiliado indica su voluntad de permanecer en ese régimen, invocando que el desconocimiento de la ley no es excusa y que el error de derecho no genera la nulidad del negocio jurídico.

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

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

*[...] el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general **cualquier persona** natural o*

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00011-01
DEMANDANTE: CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

*jurídica **que impida o atente en cualquier forma** contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] **la afiliación respectiva quedará sin efecto**».* Resaltado del texto original.

Atendiendo esas premisas, lo que debe precisar el fallador para definir si el traslado surte efectos es la existencia de la voluntad efectivamente informada, en el entendido que es un deber profesional de las administradoras de fondos de pensiones brindar la información requerida para que el afiliado tome una decisión como la que se cuestiona, con conocimiento sobre sus implicaciones.

En ese sentido, es necesario tener en cuenta que, cuando el afiliado afirma que no se le suministró la información pertinente para adoptar su decisión de traslado, la discusión se ubica en el escenario de una negación indefinida que traslada la carga de la prueba a la AFP, quien deberá acreditar que al momento de su afiliación brindó las explicaciones suficientes y veraces sobre las consecuencias, características, riesgos, beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional, incumbiéndole demostrar que dio a conocer al asegurado de manera clara los efectos que podría acarrear ese cambio, información que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación, hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Conforme tales previsiones, no puede acogerse el argumento de Colpensiones y Porvenir, respecto a la obligación de acreditación del cumplimiento de esa obligación por la gestora, dado que, atendiendo la trascendencia del consentimiento informado arriba explicado, se ha enfatizado que desde el comienzo mismo del funcionamiento del sistema general de pensiones, las administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, sobre todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes.

Así lo explicó la alta corporación, en sentencia CSJ SL1688-2019:

(...) la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00011-01
DEMANDANTE: CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

*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 SL121362014).*

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 SL31989, 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).

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 al actor, 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.

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00011-01
DEMANDANTE: CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

las implicaciones concretas de lo que sería la causación de su derecho pensional en uno u otro escenario.

En esa medida, si bien es cierto que para el año 1995, fecha en que se produjo el traslado del demandante a Colpatria, entidad posteriormente fusionada con Porvenir, no se había establecido una forma específica de acreditar el cumplimiento del deber de información, no puede llegar a sostenerse que no era necesario o que resultaba imposible cumplir dentro del juicio con el deber probatorio frente a esa obligación de asesoría, pues la gestora pudo hacerlo a través de los demás medios de prueba establecidos en la ley, tal como lo permite el artículo 51 del CPTSS.

Ciñéndose a tales mandatos, revisado el material probatorio allegado al proceso, no encuentra esta Sala la demostración del cumplimiento del deber de información explicado, tal como lo concluyó el juzgador de primera instancia. En efecto, solo obra el interrogatorio de parte rendido por el accionante, del cual no se deriva una confesión del hecho discutido, pues allí ratificó que recibió de parte de la gestora información genérica sobre la liquidación del Instituto de Seguros Sociales y sobre los beneficios genéricos que obtienen los afiliados al RAIS.

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 habersele 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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00011-01
DEMANDANTE: CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

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 administradoras¹.

En este punto, debe destacarse que el prolongado paso del tiempo, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigerar los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado²; por lo que se desestiman los reparos realizados en ese sentido.

Adicionalmente, en la sentencia CSJ SL3349-2021, la Corte Suprema de Justicia examinó la posibilidad de que se sanee el cambio de régimen pensional, por incumplimiento del deber de información, con: i) la

¹ CSJ SL4373-2020

² CSJ SL5688-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00011-01
DEMANDANTE: CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

«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 Colpatria, es decir, como si no se hubiera dado, lo que se extiende a las demás vinculaciones dentro del mismo régimen. En otras palabras, implica declarar que siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por Colpensiones, situación que descarta la falta de legitimación en la causa por pasiva invocada por esa administradora.

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)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00011-01
DEMANDANTE: CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

Bajo esa previsión, también se torna innecesario el análisis de los requisitos previstos en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, 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 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 nulidad³.

Es así que, para dotar de efectos a la citada ineficacia, la jurisprudencia nacional ha acudido al artículo 1764 del Código Civil, por vía de las *restituciones mutuas* a que se refiere dicha norma⁴, previendo que ese mecanismo es el que obliga a la devolución de gastos de administración y demás conceptos cobrados por el administrador del fondo, en la medida en que tal declaratoria comporta que el administrador del RPM reciba los recursos por aportes del afiliado, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

En virtud de ello, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones

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)

⁴ CSJ SL5174-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00011-01
DEMANDANTE: CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

legales, por lo que no le asiste razón a la AFP demandada al perseguir en el recurso de apelación que se ordene a la demandante pagarle a la gestora los gastos de administración y rendimientos causados durante su afiliación.

Así lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la CSJ SL4062-2021:

La declaratoria de ineficacia, hace que las partes, en lo posible, vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

La solución previamente explicada, lejos de constituir un enriquecimiento sin justa causa, salvaguarda del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, dado que, como se dijo, desde el nacimiento del acto ineficaz, esos recursos debieron ingresar al RPM, pues ellos soportarán financieramente el reconocimiento del derecho pensional. En ese sentido, resulta acertada la orden de devolución de esos conceptos por parte del sentenciador 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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00011-01
DEMANDANTE: CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

Lo anterior, si se tiene en cuenta que la consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos. Así, la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que la sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es *comprobar* o *constatar* un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la *litis*. (CSJ SL2209-2021) y, por tanto, en asuntos como el que se estudia no resulta aplicable el fenómeno extintivo invocado.

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 el juzgador simplemente acató lo ordenado en la ley.

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.

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 15 de noviembre de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, por lo expuesto en la parte motiva.

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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00011-01
DEMANDANTE: CECIL ALFONSO CUAO ARAUJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

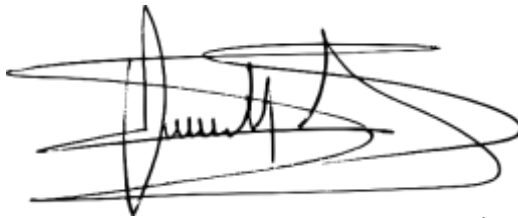
TERCERO: En firme esta decisión, vuelva el expediente a su lugar de origen para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado Ponente

(AUSENCIA JUSTIFICADA)
EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA
Magistrado



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado