

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



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

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2022-00016-01
DEMANDANTE: RAFAEL EDUARDO DE LA ROSA MERCADO
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: CONFIRMA SENTENCIA

Valledupar, treinta (30) 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 19 de octubre de 2022, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **RAFAEL EDUARDO DE LA ROSA MERCADO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.**

I. ANTECEDENTES

1. LIBELO INTRODUCTORIO

Persigue la demandante que se declare la *nulidad* 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 el capital acumulado en su cuenta individual, con todos sus frutos e intereses, incluyendo cotizaciones obligatorias, cotizaciones voluntarias y rendimientos financieros; además, que una vez efectuado lo anterior, se ordene a Colpensiones proceda a aceptar dicho traslado.

Como sustento factico de esas pretensiones, relató que el demandante cotizó al régimen de prima media con prestación definida, a través del Instituto de Seguros Sociales, hasta el 24 de noviembre de 1997,

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2022-00016-01
DEMANDANTE: RAFAEL EDUARDO DE LA ROSA MERCADO
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

fecha en la que se produjo su traslado al RAIS, específicamente a la AFP Porvenir SA.

Adujo que dicho traslado al RAIS se produjo sin brindarle al demandante sin que mediara información acerca de las consecuencias de dicho acto, dado que el funcionario encargado por parte del fondo de pensiones no brindó ningún tipo de asesoría ni explicación sobre las ventajas o desventajas de dicho traslado.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez notificado el auto admisorio a las demandadas, procedieron a dar respuesta dentro del término legal para hacerlo, como sigue:

2.1. Colpensiones: Admitió lo concerniente a la afiliación del demandante a esa gestora, mientras dijo no constarle los demás hechos. Se opuso a las pretensiones arguyendo que para la época en que se llevó a cabo el traslado de régimen de la actora 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 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. Agregó que para acceder a la pretensión se requeriría un nuevo traslado, el cual es jurídicamente improcedente, a la luz del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

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

3.2. Porvenir SA: Se resistió a la prosperidad de las peticiones del actor, esgrimiendo que la afiliación del actor fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido asesorada ampliamente sobre las implicaciones de la afiliación, tal como consta en el respectivo formulario. Resaltó que transcurrieron 27 años desde la afiliación inicial del demandante, lo que permite inferir su vocación de pertenecer en el RAIS y querer pensionarse bajo las normas propias de dicho régimen, pues

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2022-00016-01
DEMANDANTE: RAFAEL EDUARDO DE LA ROSA MERCADO
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

durante ese tiempo pagó aportes y no manifestó inconformidad alguna con la decisión que adoptó.

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

4. SENTENCIA APELADA

Concluyó el trámite de primera instancia mediante sentencia de fecha 19 de octubre de 2022, donde se resolvió declarar la ineficacia del traslado que realizó el demandante al RAIS, condenando a Porvenir SA a «[...] la devolución con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de los aportes, rendimientos, bonos pensionales y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual del demandante, así como los conceptos de cuotas de administración y comisiones, debidamente indexados [...]»; declaró no probadas las excepciones que fueron invocadas por las demandadas e impuso costas contra y 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 que la gestora no acreditó por ningún medio de prueba que la demandante recibió una asesoría veraz suficiente y oportuna, que le permitiera a éste conocer y distinguir plenamente los costos y beneficios de ese traslado. Señaló que a al actor no se le dio la posibilidad de escoger el régimen al cual quería pertenecer, basado en cuales eran las ventajas y desventajas sobre pertenecer al RAIS, incumpliendo así con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha adoctrinado que el fondo de pensiones tiene la obligación de advertir al afiliado cuales son las consecuencias que conlleva el traslado de un régimen a otro, reiterando que la carga de la prueba para acreditar dicha información está en cabeza del fondo de pensiones demandado, echándose de menos en el expediente

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2022-00016-01
DEMANDANTE: RAFAEL EDUARDO DE LA ROSA MERCADO
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

prueba alguna que permita concluir que al demandante se le brindó la asesoría correspondiente.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

5.1. Porvenir: 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.

Discutió la orden de devolución de 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, pues constituiría en un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones. 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.

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

Finalmente, solicitó que, de confirmarse la sentencia, se otorgue un plazo no menor a 45 días hábiles para que se hagan los respectivos tramites de traslado de las sumas ordenadas en el fallo.

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2022-00016-01
DEMANDANTE: RAFAEL EDUARDO DE LA ROSA MERCADO
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

pensiones obligaciones no previstos al momento del traslado de régimen, puesto que se vulneraría el derecho al debido proceso y confianza legítima; 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 carga de la prestación.

Afirmó 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 no da lugar a la declaración de nulidad del negocio jurídico y, por tanto, la parte que lo cometió debe asumir todas las consecuencias de su celebración.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La vocera judicial de la parte demandante solicitó la confirmación de la determinación de primera instancia, esgrimiendo, en síntesis, los argumentos invocados durante el trámite de la primera instancia.

De su orilla, el apoderado de Porvenir hizo lo propio, solicitando la revocatoria de la determinación, enunciando para ello las mismas razones fácticas y jurídicas que esgrimió en la contestación de la demanda y su recurso de apelación.

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2022-00016-01
DEMANDANTE: RAFAEL EDUARDO DE LA ROSA MERCADO
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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 la falladora de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado efectuado por Rafael Eduardo de la Rosa 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 del demandante, excluyendo lo concerniente a cuotas de administración y otros gastos.

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 SA 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.

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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2022-00016-01
DEMANDANTE: RAFAEL EDUARDO DE LA ROSA MERCADO
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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 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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2022-00016-01
DEMANDANTE: RAFAEL EDUARDO DE LA ROSA MERCADO
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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, que, para le época del acto de traslado, no existía obligación de guardar constancia diferente al formulario de afiliación, 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 requerida para que el afiliado tome una decisión como la que se cuestiona, con conocimiento sobre sus implicaciones.

Al respecto, 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: 20001-31-05-002-2022-00016-01
DEMANDANTE: RAFAEL EDUARDO DE LA ROSA MERCADO
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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

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

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

*(...) la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ 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).

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2022-00016-01
DEMANDANTE: RAFAEL EDUARDO DE LA ROSA MERCADO
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

En esa medida, si bien es cierto que para el año 1998, fecha en que se produjo el traslado del actor a Porvenir, no se había establecido una forma específica de acreditar el cumplimiento del deber de información, no puede llegar a sostenerse que no era necesario o que resultaba imposible cumplir dentro del juicio con el deber probatorio frente a esa obligación de asesoría, pues la gestora pudo hacerlo a través de los demás medios de prueba establecidos en la ley, tal como lo permite el artículo 51 del CPTSS.

Ciñéndose a tales mandatos, revisado el material probatorio allegado al proceso, no encuentra esta Sala la demostración del cumplimiento del deber de información explicado, tal como lo concluyó el juzgador de primera instancia. En efecto, solo obra el interrogatorio de parte rendido por el accionante, del cual no se deriva una confesión del hecho discutido, pues allí ratificó que no recibió asesoría alguna sobre las ventajas y desventajas que implicaba el acto de traslado de régimen.

Del mismo modo, se advierte que ninguno de los documentos aportados al proceso acredita el cumplimiento del deber de información en cabeza de la gestora, sin que sea posible darlo por demostrado con el formulario de la afiliación 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 en providencias como la CSJ SL1688-2019.

En esa medida el juez de primera instancia no se equivocó al advertir el incumplimiento de la carga de la prueba de la AFP accionada, pues no demostró haber obtenido el consentimiento informado de la actora frente al acto jurídico del traslado de régimen.

En este punto, debe destacarse que el prolongado paso del tiempo, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2022-00016-01
DEMANDANTE: RAFAEL EDUARDO DE LA ROSA MERCADO
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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 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, 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.

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.

² CSJ SL5688-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2022-00016-01
DEMANDANTE: RAFAEL EDUARDO DE LA ROSA MERCADO
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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)

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, 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 la actora nunca dejó de ser afiliada 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.

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 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:

(CSJ SL2877-2020)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2022-00016-01
DEMANDANTE: RAFAEL EDUARDO DE LA ROSA MERCADO
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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.

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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2022-00016-01
DEMANDANTE: RAFAEL EDUARDO DE LA ROSA MERCADO
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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.

Finalmente, no se accederá al tiempo solicitado por la AFP Porvenir SA para dar cumplimiento a la sentencia de primer grado, toda vez que la obligación que se impone no se encuentra sometida a plazo o condición, ni existe norma alguna en el procedimiento laboral que así lo disponga.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia de primer grado. Al no salir adelante 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,

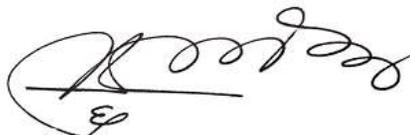
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 19 de octubre de 2022, por el Juzgado Segundo 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



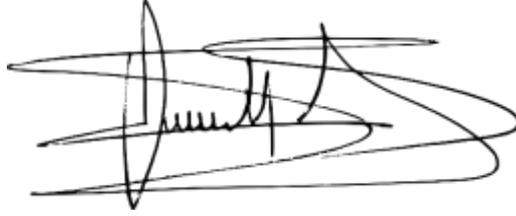
JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado Ponente

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-002-2022-00016-01
DEMANDANTE: RAFAEL EDUARDO DE LA ROSA MERCADO
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

(Impedido – profirió la sentencia de primera instancia)

EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA

Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Óscar Marino Hoyos González', written over a set of horizontal lines.

ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Magistrado