

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: 20001-31-05-001-2022-00259-01
DEMANDANTE: ISABEL MARIA ESPEJERO MARTÍNEZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: CONFIRMA SENTENCIA

Valledupar, veintinueve (29) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 28 de junio de 2023, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. LIBELO INTRODUCTORIO

Persigue la demandante que se declare la ineficacia del traslado que efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En consecuencia, solicita que se condene a la AFP Porvenir SA trasladar al sistema público todos los valores que hubiese recibido por motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos, rendimientos financieros, intereses y gastos administrativos. Del mismo modo, que se ordene a Colpensiones a validar los aportes e incorporarlos a la historia de la asegurada.

Por otra parte, depreca que se condene a Colpensiones a reconocer pensión de vejez en favor de la demandante, debidamente indexada, desde el 14 de enero de 2020, con sus respectivos intereses moratorios.

Como sustento factico de esas pretensiones, relató que la demandante fue trasladada del RPMPD al RAIS el 1° de noviembre de 1997,

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2022-00259-01
DEMANDANTE: ISABEL MARIA ESPEJERO MARTÍNEZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

con omisión de la obligación de buen consejo por parte de la AFP Porvenir, al no brindarle información clara y completa de los beneficios, desventajas y consecuencias de dicho acto.

Refirió que cumplió 57 años de edad el 14 de enero de 2020, tiene acumuladas mas de 1300 semanas de cotización y aún no disfruta de pensión de vejez. Agregó que, el 1° de septiembre de 2022 solicitó a Porvenir *información de su pensión y la aceptación del traslado*, sin haber obtenido respuesta; que, al día siguiente, hizo solicitud similar a Colpensiones, recibiendo respuesta negativa por parte de la entidad, el 7 del mismo mes y año.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 18 de octubre de 2022, y una vez notificado ese proveído a las demandadas, procedieron a dar respuesta dentro del término legal para hacerlo, como sigue:

2.1. Colpensiones: Dijo no constarle los hechos, al tiempo que se opuso a la pretensión de ineficacia del traslado arguyendo que en el presente asunto no se 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 que la actor cumplió la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Del mismo modo, pidió se desestime la pensión de vejez deprecada, ante la falta de legitimación en la causa por pasiva de esa gestora, debido a que la señora Espejero Martínez no es cotizante en el RPMPD,

En desarrollo de su oposición, invocó como excepciones de mérito las de «*Imposibilidad jurídica de declarar la ineficacia de la afiliación y retrotraer la adquisición del status pensional*», «*Falta de legitimación en la causa por pasiva*», «*Inexistencia de las obligaciones reclamadas*», «*Cobro de lo no debido*», «*Prescripción*» y «*Buena fe*».

2.2. Porvenir SA: Expuso que no le consta la afiliación de la demandante a un régimen pensional distinto al que administra; negó los hechos afirmando que la demandante llevó a cabo ese acto luego de ser asesorada de manera clara, veraz, completa y oportuna sobre las implicaciones del mismo, así como de las características y condiciones del

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2022-00259-01
DEMANDANTE: ISABEL MARIA ESPEJERO MARTÍNEZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

RAIS. Por tales motivos, se opuso a las pretensiones, acotando que no se allegó prueba alguna que acredite la existencia de un supuesto de ineficacia de traslado, por lo que la afiliación de la parte actora a ese régimen es válida.

En su defensa, propuso las excepciones perentorias de «Prescripción», «Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «Buena fe».

3. SENTENCIA APELADA

Concluyó el trámite de primera instancia mediante sentencia de fecha 28 de junio de 2023, donde se resolvió:

PRIMERO: *Declárese la ineficacia del traslado realizado por Isabel María Espejero Martínez en el año 1997, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.*

SEGUNDO: *Ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, 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 de la demandante, junto con sus rendimientos También, a devolver el porcentaje por gastos de administración, 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, todo por el tiempo en que la actora permaneció como su afiliada en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Colpensiones deberá recibir esas sumas de dinero.

TERCERO: *Condenar a la administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar a Isabel María Espejero Martínez la pensión de vejez, de acuerdo con la Ley 100 de 1993, pero condicionada su exigibilidad a que la demandante acredite el retiro definitivo del servicio. La liquidación de la pensión deberá efectuarse conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.*

Colpensiones, una vez incluya en nómina a la demandante, descontará de la pensión reconocida el valor de la totalidad de las cotizaciones al Sistema de seguridad Social en Salud, con la finalidad de que las transfiera a la entidad administradora de salud a la que se encuentre afiliada la accionante.

CUARTO: *Declárense no probadas las excepciones propuestas por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y por Colpensiones EICE.*

QUINTO: *Condenar en costas a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA. Inclúyanse por concepto de agencias en derecho la suma de 3 smlmv.*

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2022-00259-01
DEMANDANTE: ISABEL MARIA ESPEJERO MARTÍNEZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

Para arribar a esa decisión, en cuanto a la ineficacia del traslado, 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 precisiones no conducen al convencimiento de que para ese momento contaba con la información echada de menos.

Concretó que, con las pruebas aportadas en la contestación de demandada de Colpensiones se encuentra acreditado que la actora si perteneció al RPMPD, dado que realizó cotizaciones al ISS, con anterioridad al traslado que efectuó a Horizonte, que luego se fusionó con Porvenir. Es así que, la carga de la prueba del deber de información estaba en cabeza de esta gestora y no lo hizo, por lo que procedía la declaratoria de ineficacia.

Seguidamente, abordó la pretensión de reconocimiento de pensión de vejez, advirtiendo que se encuentra acreditado que la actora nació el 14 de enero de 1955, por lo que no es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que, para su entrada en vigencia, únicamente contaba con 31 años de edad cumplidos y no demostró 15 años de cotizaciones.

Acometió el estudio de las pruebas aportadas, encontrando que la actora cuenta con 67 años de edad, cumpliendo con el primero de los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Del mismo modo, verificó que la demandante cotizó 252,57 semanas al ISS, que luego fueron trasladadas al RAIS, las que, sumadas a las que acumula en

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2022-00259-01
DEMANDANTE: ISABEL MARIA ESPEJERO MARTÍNEZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

Porvenir, 1292,8, alcanzan un total de 1545,37 ciclos cotizados, superando el número mínimo requerido para adquirir el derecho pensional, por lo que debía ser reconocido.

Refirió que, sin perjuicio de lo dicho, no estaban dadas las condiciones para el disfrute de la pensión, debido a que la señora Espejero Martínez seguía laborando y efectuando aportes. En consecuencia, ordenó a Colpensiones que reconociera la pensión de vejez reclamada, en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicándole la opción mas favorable, teniendo en cuenta hasta la ultima semana cotizada, siempre y cuando acredite su desafiliación al sistema. Aclaró que no se haría la liquidación de la prestación, toda vez que la exigibilidad de la misma está supeditada a la demostración de su retiro definitivo del servicio.

Trajo a colación el parágrafo 6 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, indicando que a la actora le asiste el derecho a recibir 13 mesadas pensionales al año.

Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción, aduciendo que la acción de ineficacia del traslado de régimen no está sujeta a ese fenómeno, situación que también aplica al derecho a la pensión.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

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

4.1. Colpensiones: Solicitó la revocatoria de la decisión esgrimiendo que la jurisprudencia ha impuesto una exigencia probatoria de información que no ha podido ser acreditada por los fondos de pensiones, puesto que únicamente cuentan con los formularios de afiliación. Que dicha posición crea una situación ventajosa que favorece a los afiliados, quienes, con la simple afirmación de omisión, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les permite obtener el traslado de régimen sin mayor esfuerzo probatorio. Al respecto, trajo a colación la aclaración de voto realizada dentro del radicado 68852, por el Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Jorge Luis Quiroz, apartándose del criterio mayoritario de la Sala.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2022-00259-01
DEMANDANTE: ISABEL MARIA ESPEJERO MARTÍNEZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

Señaló, hasta el año 2016, los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento informado, por cuanto las leyes anteriores no exigían nada diferente a ese documento.

En esa cuerda, sostuvo que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituyen en una situación de carácter imposible y que dichas aseveraciones deben ser probadas por la parte interesada. Agregó que los usuarios financieros tienen una serie de deberes, entre ellos, informarse de las condiciones del sistema general de pensiones, demostrándose que ese deber no solo recae en cabeza de las administradoras.

De igual manera, indicó que, de acuerdo con el principio de relatividad jurídica, Colpensiones, en su condición de tercero, no debe ser favorecida ni perjudicada con la decisión adoptada, lo cual adquiere relevancia frente al deber de garantizar el equilibrio financiero del sistema, lo que debe ser tenido en cuenta, dado que no se cumple 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.

4.2. Porvenir: Solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia con fundamento en que, no se puede hablar de ineficacia de traslado de régimen de pensional, teniendo en cuenta que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los trabajadores activos debían seleccionar por primera vez a que régimen querían afiliarse en forma obligatoria. Expuso que en este caso no existe elemento de juicio que acredite la afiliación de la actora al ISS, con anterioridad a la implementación del sistema general de pensiones, sino su decisión de vincularse al RAIS, siendo su vinculación inicial a la AFP Horizonte.

Citó las sentencias CSJ SL6708-2016 y SL494-2022, concluyendo de ellas que los fondos de naturaleza pública no se pueden tener como administradores del RPMPD, debido a que no pertenecían al sistema general de pensiones. En ese sentido, acotó que los servidores del orden territorial que estuvieran afiliados a cajas de previsión de esa naturaleza,

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2022-00259-01
DEMANDANTE: ISABEL MARIA ESPEJERO MARTÍNEZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

como es el caso de la actora, no podían entenderse como vinculados a ese régimen, por lo que no se pueden retrotraer los efectos de una afiliación que nunca nació a la vida jurídica.

Solicitó que, de no acogerse ese argumento, se debe tener en cuenta que no existen razones jurídicas que conlleven a que se declare la ineficacia deprecada, toda vez que se aportó el formulario de afiliación, que no fue tachado de falso y que goza de plena validez jurídica, bajo el entendido que la demandante no logró demostrar que su afiliación al RAIS se encontraba viciada. Añadió que la señora Espejero Martínez contó con varias posibilidades de revertir su decisión y de retractarse, pero se mantuvo pacíficamente afiliada durante mas de 20 años, sin que pueda excusarse en la ignorancia de la ley, máxime si se tiene en cuenta que actuó de forma poco diligente frente a ese acto.

Manifestó su inconformidad frente a la orden de devolución de sumas diferentes a los aportes consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, especialmente los gastos de administración y seguros previsionales, debido a que ellos tienen una destinación específica, por mandato de la ley. Que los primeros fueron utilizados para generar la rentabilidad de lo ahorrado y los segundos fueron pagados a un tercero, por lo que la orden de devolverlos no se acompasa con las restituciones mutuas previstas en la normatividad vigente, teniendo en cuenta que ya se ordenó la restitución de los rendimientos y su indexación.

5. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad correspondiente, la parte demandante alegó escrito solicitando que, en caso de confirmarse la sentencia apelada, se adicione la condena en costas por la tasa máxima permitida por el acuerdo que regula la materia.

De su orilla, el vocero judicial de Porvenir alegó en esta instancia, las mismas razones fácticas, jurídicas y probatorias que invocó en el trámite de primer grado.

II. CONSIDERACIONES

El consabido presupuesto procesal de demanda en forma, capacidad para ser parte, capacidad procesal y competencia se hallan cumplidos en

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2022-00259-01
DEMANDANTE: ISABEL MARIA ESPEJERO MARTÍNEZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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 la falladora de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado efectuado por Isabel María Espejero Martínez al RAIS, con la consecuente devolución de los aportes con destino al RPMPD, administrado por Colpensiones. En caso afirmativo, si la orden de devolución debió limitarse a los saldos existentes en la cuenta de ahorro pensional y rendimientos de la demandante, excluyendo lo concerniente a cuotas de administración y otros gastos.

En sede de consulta, se analizará si se ajusta a derecho la determinación de la *a quo* en cuanto ordenó el reconocimiento de pensión de vejez en favor de la actora y demás tópicos que rodean tal declaratoria.

2. TESIS DE LA SALA

La respuesta que se dará al problema jurídico planteado es el acierto de la sentencia de primera instancia, debido a que Porvenir no cumplió con su carga de probar que dio cumplimiento a la gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento, como el inexcusable deber de brindar a la afiliada 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: 20001-31-05-001-2022-00259-01
DEMANDANTE: ISABEL MARIA ESPEJERO MARTÍNEZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

De igual forma, se avalará la decisión de la *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, se confirmará lo concerniente al reconocimiento de la pensión de vejez, por encontrarse acreditados los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 para adquirir el derecho pensional, cuyo disfrute fue debidamente supeditado al retiro del sistema por parte de la demandante.

3. DESARROLLO DE LA TESIS

3.1. Afiliación inicial y 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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2022-00259-01
DEMANDANTE: ISABEL MARIA ESPEJERO MARTÍNEZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

La Corte Suprema de Justicia, a través de proveído CSJ SL1688-2019, en desarrollo de los mandatos de esos artículos, planteó algunos requisitos y reglas que deben cumplirse para dotar de eficacia el traslado de régimen pensional, concluyendo que: (i) desde su creación, las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) la simple afirmación en un 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 la demandante no puede considerarse como afiliada al RPMDP, por haber cotizado a una caja previsional del orden territorial; que no se demostró la existencia de un vicio en el consentimiento, que para la época del traslado no existía obligación de dejar constancia escrita de la asesoría, invocando además que la ignorancia de la ley no sirve excusa y que el demandante tenía la obligación de informarse sobre las características del sistema.

Frente al primer reparo, le asiste razón jurídica al vocero judicial de Porvenir, en cuanto a que no es dable pregonar, por el simple hecho de que un servidor público del orden territorial pertenezca a un fondo prestacional de naturaleza pública, pueda entenderse que estuviere vinculado al régimen de prima media con prestación definida; pues los fondos de tal naturaleza no eran administradores de dicho régimen y, por ende, no formaban parte del Sistema General de Pensiones, por lo que, inclusive, la Ley 100 de 1993 les dio un lapso para que se constituyeran en entidades administradoras de pensiones¹.

No obstante, en lo fáctico, la razón está del lado de la falladora de primer grado, teniendo en cuenta que, de conformidad con el reporte de semanas cotizadas en pensiones aportada por Colpensiones con la contestación de la demanda, se observa que la señora Isabel María Espejero Martínez se afilió al ISS desde el 14 de diciembre de 1992, con anterioridad

¹ CSJ SL494-2022

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2022-00259-01
DEMANDANTE: ISABEL MARIA ESPEJERO MARTÍNEZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, efectuando cotizaciones a la administradora desde ese hito inicial hasta el 31 de octubre de 1997, constando que su estado de afiliación es *trasladado*.

Recuérdese que, de conformidad con el artículo 11 de Decreto 692 de 1994, a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, las personas que venían afiliadas al ISS para permanecer en el régimen de prima media con prestación definida administrado por esa entidad, no necesitaban llenar algún formulario o cumplir formalidad adicional alguna².

Lo discurrido hasta este punto desestima el reparo realizado por la AFP apelante, pues, de lo explicado emerge claramente que, por virtud que la señora Espejero Martínez, para el 1° de abril de 1994, se encontraba afiliada al ISS, su permanencia en esa institución por mandato de la ley implicaba la afiliación al RPMDP, en consecuencia, la vinculación posterior al RAIS, hecho que ocurrió en el año 1997, llevaba consigo el cambio de régimen y no una afiliación inicial, como buscó la demandada que se calificara ese acto.

Prosiguiendo con los reparos restantes, 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 AFP³.

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.

² CSJ SL2300-2023

³ CSJ SL2208-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2022-00259-01
DEMANDANTE: ISABEL MARIA ESPEJERO MARTÍNEZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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 existentes⁴.

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.

Con esos argumentos, contrario a lo referido por la apelante, la alta corporación ha defendido la tesis que esa «*obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto de los derechos de los afiliados*» (CSJ SL1452-2019).

En esa medida, como lo expuso el vocero judicial de Porvenir, para el año 1997, fecha en que se produjo el traslado del demandante a Porvenir, no se había establecido una forma específica de acreditar el cumplimiento del deber de información, por lo que la asesoría verbal resulta plenamente válida para cumplir con dicha obligación, sin embargo, como viene de verse, la carga de la prueba de dicho presupuesto se encuentra en cabeza

⁴ CSJ SL1688 de 2019

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2022-00259-01
DEMANDANTE: ISABEL MARIA ESPEJERO MARTÍNEZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

de la AFP demandada, lo que podía lograrse a través de los medios 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 la juzgadora de primera instancia. En efecto, solo obra el interrogatorio de parte rendido por la accionante, del cual no se deriva una confesión del hecho discutido, pues no admitió la existencia de un consentimiento debidamente informado, sino que reiteró su manifestación en cuanto a que no recibió la asesoría correspondiente para trasladarse de régimen.

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.

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 la afiliada desconocía la repercusión que tenía la decisión de

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2022-00259-01
DEMANDANTE: ISABEL MARIA ESPEJERO MARTÍNEZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

traslado de régimen sobre sus derechos pensionales, lo que torna ese acto ineficaz, de acuerdo con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

3.2. Efectos de la declaratoria de ineficacia

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

Tal declaratoria conlleva privar de todo efecto jurídico práctico al traslado que realizó la actora a Porvenir, es decir, como si no se hubiera dado. En otras palabras, implica declarar que siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por Colpensiones.

Lo anterior con base en la sentencia CSJ SL3464-2019, donde se puntualizó:

En sentencia CSJ SL1688- 2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en un sentido estricto.

En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, ese 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, 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 la juzgadora de primera instancia desatendió la teoría de las *restituciones mutuas*; reprochó que se haya ordenado la devolución de gastos de administración, por tratarse de dineros resultantes

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2022-00259-01
DEMANDANTE: ISABEL MARIA ESPEJERO MARTÍNEZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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 primer grado, 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 nulidad⁵.

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 norma⁶, 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 de la afiliada, 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 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).

⁵ 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)

⁶ CSJ SL5174-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2022-00259-01
DEMANDANTE: ISABEL MARIA ESPEJERO MARTÍNEZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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, 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; y como así lo ordenó la *a quo*, se debe confirmar la decisión.

Ahora, 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.

3.4. Pensión de vejez

Ahora, en sede de consulta, como la actora solicitó condenar a Colpensiones a reconocer y pagarle la pensión de vejez, se precisa que una vez declarada la ineficacia del traslado al RAIS, como sucede en este caso, las cosas regresan a su estado anterior, es decir, la afiliada Espejero Martínez siempre conservó su vínculo al RPMPD, lo que conlleva que es la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones quien debe asumir el reconocimiento y pago de la pensión de vejez aquí deprecada.

Para tal efecto, se destaca que la accionante, nació el 14 de enero de 1963; que no es beneficiaria del régimen de transición (art. 36 Ley 100 de 1993); que cumplió los 57 años el mismo día y mes de 2020; observándose, además, que efectuó cotizaciones para el entonces ISS entre el 14 de diciembre de 1992 y octubre de 1997, las que sumadas a las aportadas posteriormente al RAIS a través de Porvenir SA, suman un total de **1536**, como se certifica con la historia laboral consolidada que se allegó por dicha administradora con la contestación de la demanda.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2022-00259-01
DEMANDANTE: ISABEL MARIA ESPEJERO MARTÍNEZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

Se corrobora así el cumplimiento de los requisitos para causar el derecho a la prestación conforme lo consagrado en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, tal como lo dispuso la juzgadora de primer grado. Así también, existe acierto en la determinación de supeditar el disfrute de la pensión al momento en que la demandante acredite el retiro del servicio y del Sistema General de Pensiones, como lo ha dejado sentado la Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL779-2022 y SL2271-2022), por lo que su liquidación deberá realizarse por la gestora, una vez se cumpla esa condición, en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta hasta la última cotización, dado que la promotora del proceso continuó prestando el servicio con posterioridad a la data en que causó la pensión.

En ese contexto, atendiendo las consideraciones que anteceden, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado.

Las costas en esta instancia estarán a cargo de Porvenir SA, por haberse resuelto desfavorablemente el recurso que interpuso, de conformidad con el artículo 365 del CGP.

No se emitirá pronunciamiento sobre la solicitud referente a la cuantía de la condena en costas de primera instancia, formulada por la parte demandante, teniendo en cuenta que no interpuso recurso alguno contra la decisión primigenia y, en todo caso, no es esta la oportunidad procesal para analizar dicho tópico, de conformidad con el numeral 5 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 28 de junio de 2023, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar.

SEGUNDO: Costas a cargo de Porvenir SA. Como agencias en derecho a favor del demandante, y contra la AFP Porvenir SA, se fija la suma de un salario mínimo legal vigente. Liquidense concentradamente por el juez de primera instancia.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-001-2022-00259-01
DEMANDANTE: ISABEL MARIA ESPEJERO MARTÍNEZ
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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

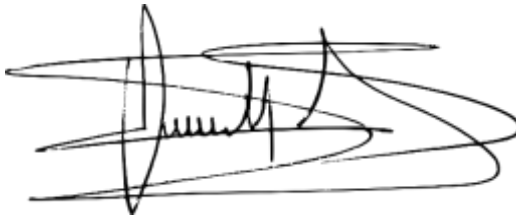
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado Ponente



EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA
Magistrado



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado