

**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: 20001-31-05-004-2020-00166-01
DEMANDANTE: RAMIRO ROMEL HERRERA RODELO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS
DECISIÓN: MODIFICA Y ADICIONA SENTENCIA

Valledupar, veintiuno (21) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 21 de julio de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **RAMIRO ROMEL HERRERA RODELO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA** y **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS**.

I. ANTECEDENTES

1. LIBELO INTRODUCTORIO

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2020-00166-01
DEMANDANTE: RAMIRO ROMEL HERRERA RODELO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

Como sustento factico de esas pretensiones, relató que el señor Herrera Rodelo cotizó en pensiones al RPM, administrado por la Caja Nacional de Previsión Social – en adelante Cajanal-, desde el año 1980, hasta que se produjo su traslado al RAIS, específicamente a la AFP Colfondos, en el año 1994; posteriormente, fue trasladado a la AFP Porvenir, en el año 1999, donde actualmente se encuentra afiliado.

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

2. ACTUACIÓN PROCESAL

Tras ser subsanada, la demanda fue admitida mediante auto del 18 de enero de 2021, y una vez notificado ese proveído a las demandadas, procedieron a dar respuesta dentro del término legal para hacerlo, como sigue:

2.1. Porvenir SA: Se opuso a las pretensiones advirtiendo que la parte demandante decidió, de manera libre e informada, realizar aportes a esa AFP, con conocimiento de las condiciones pensionales del RAIS y su expectativa legítima de pensionarse bajo las disposiciones del mismo, complacencia que confirmó a través de la suscripción del formulario de vinculación. Agregó que siempre le garantizó el derecho de retracto al afiliado y la oportunidad de traslado introducida por la ley 797 de 2003; que no existió vicio del consentimiento y no se demostraron conductas dolosas que configuren la situación prevista en el artículo 271 de la ley 100 de 1993.

En su defensa, propuso las excepciones que denominó «*Prescripción*», «*Buena fe*», «*Inexistencia de la obligación*», y «*Compensación*».

2.2. Colpensiones: Dijo no constarle los hechos de la demanda, por tratarse de supuestos referentes a terceros. 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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2020-00166-01
DEMANDANTE: RAMIRO ROMEL HERRERA RODELO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

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.

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

2.3. Colfondos: Admitió los hechos concernientes a la afiliación del demandante a esa AFP y su traslado a Horizonte, hoy Porvenir. Solicitó se desestimen las pretensiones, atendiendo que el actor firmó el formulario de afiliación correspondiente, pero que no cuenta con documento que acredite que la debida asesoría, dado que para la época no existía una disposición normativa que obligara a los fondos a consignar en actas o cualquier otro documento la explicación o asesoría que se le brindaba al interesado en afiliarse.

Invocó como excepciones perentorias las de «*Inexistencia del derecho y causa para pedir*», «*Falta de legitimación en la causa por pasiva*», y «*Buena fe y no procedencia de condena en costas*».

3. SENTENCIA APELADA

Concluyó el trámite de primera instancia mediante sentencia de fecha 21 de julio de 2022, donde se resolvió declarar la ineficacia del traslado que realizó el demandante al RAIS, condenando a Porvenir a devolver a Colpensiones «[...] *la totalidad de lo ahorrado por el demandante (...) en su cuenta de ahorro individual, el bono pensional, en caso de haberse recibido, así como los gastos de administración, los rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas desde el 21 de octubre de 1994, hasta la fecha cuando se produzca el traslado efectivo a Colpensiones de las sumas indicadas, [...]*»; declaró no probadas las excepciones que fueron invocadas por las demandadas e impuso costas contra Porvenir y Colfondos.

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2020-00166-01
DEMANDANTE: RAMIRO ROMEL HERRERA RODELO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

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 la 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.

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. Porvenir: La vocera 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 el demandante. Agregó que resulta inverosímil que 10 años después de haberse trasladado de régimen, la parte actora pretenda una migración prohibida por la ley vigente.

Señaló que, conforme lo expuesto en interrogatorio de parte, el demandante tenía conocimiento de que podía retornar al RPM, pero no ejerció su derecho en su momento, por lo que no se puede endilgar responsabilidad a Porvenir por la omisión del afiliado.

Discutió la orden de devolución de rendimientos y cuotas de administración, trayendo a colación 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 de la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin incluir los gastos de administración, o comisión de administración y la prima de

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2020-00166-01
DEMANDANTE: RAMIRO ROMEL HERRERA RODELO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

seguro previsional, resaltando que esos valores provienen de la buena gestión de los recursos por parte de la entidad.

Manifestó su inconformidad sobre las costas impuestas, debido a que Porvenir cumplió con sus deberes legales, por lo que no existió omisión de la información o indebida asesoría, pues siendo la actora una persona capaz, se entiende que puede sopesar los argumentos manifestados por los gestores de la AFP para determinar si le convenía tomar dicha decisión, por lo que se entiende que la actora actuó de buena fe.

4.2. Colpensiones: Solicitó la revocatoria de la sentencia y absolución de la gestora de pensiones, con fundamento en que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes al momento en que se efectuó el traslado no tiene justificación y viola los principios de legalidad y debido proceso, máxime si se tiene en cuenta que Colpensiones no participó en ese negocio jurídico y, finalmente, es quien se ve obligada a asumir la carga prestacional.

Adujo que hasta el año 2016, los fondos privados estaban obligados a acreditar el consentimiento informado con el formulario de afiliación, por cuanto las leyes anteriores a esa calenda no exigían nada diferente a ese documento y, por tanto, imponer cargas diferentes a las leyes de la época constituye una situación probatoria de carácter imposible.

Finalmente, esgrimió que el régimen de protección al consumidor financiero establece unas cargas mínimas en cabeza de los afiliados, estableciendo que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado y que, la única manera de desvirtuar ese precepto es probando una fuerza que hubiere viciado el consentimiento, lo que no sucedió en el caso bajo análisis.

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2020-00166-01
DEMANDANTE: RAMIRO ROMEL HERRERA RODELO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

Sala causal de nulidad que pueda invalidar el proceso, lo que obliga a adoptar una decisión de fondo.

La Sala resolverá el recurso en los términos en que fue formulado, de conformidad con el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que modificó el artículo 66-A del CPTSS, sin embargo, aquellos puntos que no fueron objeto de reparo por las gestoras serán estudiados en el grado de consulta, en cuanto le sean adversos a Colpensiones, según lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, por tratarse de una institución de la cual es garante la Nación.

1. PROBLEMA JURÍDICO

Acorde con los recursos de apelación, encuentra la Sala que el problema jurídico en alzada se ciñe a determinar si acertó el fallador de primera instancia por haber declarado la ineficacia del traslado efectuado por Ramiro Romel Herrera Rodelo al RAIS, con la consecuente devolución de los aportes con destino al RPM, administrado por Colpensiones. En caso afirmativo, si la orden de devolución debió limitarse a los saldos existentes en la cuenta de ahorro pensional de los demandantes, excluyendo lo concerniente a rendimientos y cuotas de administración.

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

2. TESIS DE LA SALA

La respuesta que se dará al problema jurídico planteado es el acierto de la sentencia de primera instancia, debido a que las gestoras demandadas no cumplieron con su carga de probar que dieron 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 y se complementará la decisión de la *a quo*, en sentido que, de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil,

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2020-00166-01
DEMANDANTE: RAMIRO ROMEL HERRERA RODELO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

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 contra Porvenir, 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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2020-00166-01
DEMANDANTE: RAMIRO ROMEL HERRERA RODELO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) la simple afirmación en un formato pre impreso de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria no es suficiente para la validez del acto; (iii) la carga de la prueba se invierte en favor del demandante que no recibió la información debida cuando se afilió, y (iv) no se restringe el alcance de la jurisprudencia de la Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato.

Ahora, en punto a los recursos de apelación formulados por las gestoras demandadas, encuentra la Sala que ellos se fundamentan, en síntesis, sobre el argumento de que no se demostró la existencia de un vicio en el consentimiento, que de haber existido se saneó por el paso del tiempo y que, para le época del acto de traslado, no existía obligación de guardar constancia diferente al formulario de afiliación.

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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2020-00166-01
DEMANDANTE: RAMIRO ROMEL HERRERA RODELO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

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 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).

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2020-00166-01
DEMANDANTE: RAMIRO ROMEL HERRERA RODELO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

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).

En esa medida, si bien es cierto que para el año 1994, fecha en que se produjo el traslado del actor a Colfondos, 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.

En ese contexto, revisado el material probatorio allegado al proceso, se advierte que ninguno de los documentos aportados 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.

Esa carga probatoria tampoco se encuentra satisfecha con el interrogatorio de parte rendido por el demandante, del cual no se deriva una confesión del hecho discutido, pues adujo que la única información que recibió fue respecto a la liquidación del régimen público y la posible pérdida de sus ahorros pensionales, pero sin recibir asesoría alguna, descripción de las características del régimen o de las ventajas y desventajas de su vinculación.

Ahora bien, la apoderada judicial de Porvenir esgrimió en la alzada que no se le puede endilgar a la gestora una responsabilidad por la omisión del afiliado, bajo el entendido que el demandante admitió durante su interrogatorio que conocía la posibilidad que tenía de retornar al RPM, pero no lo hizo.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2020-00166-01
DEMANDANTE: RAMIRO ROMEL HERRERA RODELO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

Al respecto, debe destacarse que el hecho que el demandante permaneciera en el RAIS y omitiera retornar al régimen público no tiene el efecto de sanear el incumplimiento de la AFP al deber de información, pues dicho aspecto ha de verificarse al momento del cambio de régimen y no *a posteriori*. Por tanto, se insiste que en estos casos corresponde dilucidar si al afiliado se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, y no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones².

En la misma línea, debe destacarse que el prolongado paso del tiempo, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado³.

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.

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.

² CSJ SL2555-2022

³ CSJ SL5688-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2020-00166-01
DEMANDANTE: RAMIRO ROMEL HERRERA RODELO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

Tal declaratoria conlleva privar de todo efecto jurídico práctico al traslado que realizó el actor a Colfondos y las subsiguientes, es decir, como si no se hubiera dado ninguna de ellas. En otras palabras, implica declarar que siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por Colpensiones.

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

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

En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, ese instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis" (Subrayado fuera de texto original)

Ahora, en punto al recurso de apelación de Porvenir SA, la vocera judicial de la AFP reprochó que se haya ordenado la devolución de rendimientos y gastos de administración, por tratarse de dineros resultantes de la buena gestión de la entidad.

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

Bajo ese marco, en sentencias como la CSJ SL4608-2021, se ha explicado que la ineficacia del traslado conlleva a:

⁴ De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella (CSJ SL2877-2020)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2020-00166-01
DEMANDANTE: RAMIRO ROMEL HERRERA RODELO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

- i) la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación económica a que tendría derecho la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida;*
- ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.*

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia transcrita, en virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de Colpensiones, esta Sala modificará la decisión de primer grado, para dejar sentado que la consecuencia de la ineficacia declarada incluye la devolución de los valores correspondientes a cuotas de administración y montos pagados por seguros previsionales, con destino Colpensiones, ello por los efectos de que trata el artículo 1746 *ibidem* y, además, porque esos conceptos constituyen el capital previsto para garantizar el acceso a la pensión de la demandante, medida que a su vez salvaguarda el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones.

Igualmente, en virtud de dicha ineficacia, Colfondos deberá trasladar a Colpensiones las comisiones y los gastos de administración que fueron cobrados al demandante mientras estuvo afiliado a esa entidad, los cuales deberá cancelar en forma debidamente indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, que le corresponde asumir con cargo a sus propios recursos⁵.

3.1. 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 (CSJ SL2209-2021).

⁵ CSJ SL5595-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2020-00166-01
DEMANDANTE: RAMIRO ROMEL HERRERA RODELO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, se modificará y adicionará la decisión para precisar todos los conceptos que deberán devolver las AFP accionadas al RPM. En lo demás, se confirmará la sentencia de primer grado.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia proferida el 21 de julio de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, el cual quedará así:

SEGUNDO: Condenar a Porvenir SA a devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de Ramiro Romel Herrera Rodelo, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia, en sentido de **CONDENAR** a la AFP Colfondos SA a trasladar a

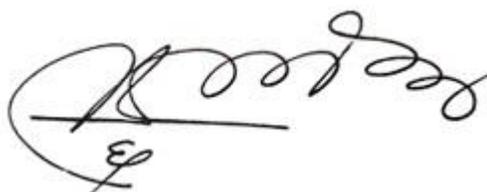
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2020-00166-01
DEMANDANTE: RAMIRO ROMEL HERRERA RODELO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

Colpensiones el porcentaje cobrado por 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora.

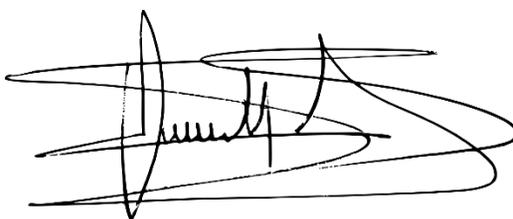
SEGUNDO: Costas a cargo de las recurrentes vencidas. Como agencias en derecho a favor del demandante, y contra las demandadas Porvenir SA y Colpensiones, se fija la suma de un salario mínimo legal vigente, que deberán asumir el 50% cada una. Liquidense concentradamente por el juez de primera instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado Ponente



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado