

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



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

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00177-01
DEMANDANTE: OSCAR ANTONIO DIAZ TREJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO
DECISIÓN: CONFIRMA LA SENTENCIA

Valledupar, veintisiete (27) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 9 de febrero de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **OSCAR ANTONIO DIAZ TREJO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.**

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Persigue el demandante que se declare la ineficacia del traslado que efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En consecuencia, solicita que se tenga que Oscar Antonio Diaz Trejo ha tenido como única afiliación válida al sistema general de pensiones la efectuada al RPM, hoy administrado por Colpensiones y, por tanto, se condene a Porvenir a trasladar al sistema público todas las sumas de dinero que componen su cuenta de ahorro individual, incluyendo aportes, bono pensional y rendimientos, así como las sumas adicionales recibidas por concepto de administración y otros valores con ocasión de su permanencia en el RAIS.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00177-01
DEMANDANTE: OSCAR ANTONIO DIAZ TREJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

2. FUNDAMENTOS DE HECHO

En síntesis, relatan los hechos de la demanda que Oscar Antonio Diaz Trejo cotizó en pensiones al RPM, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hasta que se produjo su traslado al RAIS, específicamente a la AFP Porvenir, el 29 de noviembre de 2005.

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

3. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 25 de agosto de 2022, y una vez notificado ese proveído a las demandadas, procedieron a dar respuesta dentro del término legal para hacerlo, como sigue:

3.1. Colpensiones: En cuanto a los hechos, dijo ser cierto el hecho de la vinculación del demandante al RPM a través de la administradora, mientras sostuvo no constarle los restantes. Se opuso a las pretensiones arguyendo que en el presente asunto 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 el demandante cumplió la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

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

3.2. Porvenir: Admitió la afiliación del demandante a esa gestora, a partir del 1 de noviembre de 2001, esgrimiendo que ello se dio después de haberlo asesorado sobre las implicaciones de su decisión, funcionamiento del RAIS y condiciones pensionales, tal como se observa en el formulario de vinculación correspondiente, documento público que debe presumirse auténtico. Agregó que la permanencia del actor en el RAIS fue producto de su voluntad y de la expectativa legítima de pensionarse bajo las condiciones del mismo, teniendo en cuenta que nunca expresó

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00177-01
DEMANDANTE: OSCAR ANTONIO DIAZ TREJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

inconformidad alguna por ausencia de información o solicitó su retorno al RPM, teniendo amplios periodos de tiempo para hacerlo.

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

4. SENTENCIA APELADA

Concluyó el trámite de primera instancia mediante sentencia de fecha 9 de febrero de 2022, donde se resolvió declarar la ineficacia del traslado que hizo el demandante del RPM al RAIS. En consecuencia, condenó a Porvenir SA a devolverle a Colpensiones «[...] *el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, más 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 [...]*»; ordenó a Colpensiones activar la afiliación del demandante y declaró no probadas las excepciones perentorias opuestas por las demandadas.

Para arribar a esa decisión, trajo a colación la normatividad y jurisprudencia que rigen la materia, para concluir que son las AFP las que tienen sobre sus espaldas el deber probatorio, de acreditar suficientemente que suministró al futuro afiliado la información clara, concreta y precisa acerca de las ventajas y desventajas del cambio del régimen de prima media al de ahorro individual, las diferencias entre uno y otro, para que el cliente decidiera con pleno conocimiento de las consecuencias que derivaban para su derecho pensional del traslado que le proponían.

Expuso que la gestora no demostró que el demandante recibió información suficiente completa y clara, que le permitiera a éste conocer y distinguir plenamente los costos beneficios de ese traslado, puesto que, si bien en el formulario de traslado que firmó aparece que escogió en forma libre, espontánea y sin presiones el RAIS, así como la selección la gestora privada para administrar sus aportes pensionales; esas precisiones no conducen al convencimiento de que para ese momento contaba con la información echada de menos.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

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

5.1. Porvenir: Solicitó la revocatoria de la decisión de primera instancia y la consecuente absolución de la gestora, argumentando que la AFP dio cumplimiento a todos los presupuestos legales para la vinculación del afiliado al régimen, atendiendo los avances normativos dispuestos para ello. Agregó que siempre respetó los términos establecidos por la ley para realizar el traslado y brindó la información oportuna y suficiente para que el afiliado tuviera conocimiento de sus derechos, razón por la que no debió restarse valor probatorio a la asesoría verbal que realizó la gestora en la época en que ocurrieron los hechos, toda vez que aquella estaba ajustada a la normatividad vigente para ese momento.

Discutió la orden de devolución de cuotas de administración y lo pagado por seguros previsionales, resaltando 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, teniendo en cuenta 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.

5.2. Colpensiones: Expuso que la selección de régimen pensional por parte del demandante cumplió con los requisitos de ley, sin que se evidencie circunstancia que permitiera concluir que el accionante fue inducido a error o engaño, debido a que antes de la afiliación *tuvo que haber recibido* información sobre el alcance de la acción que estaba llevando a cabo, así como de las condiciones del disfrute pensional y los beneficios del traslado, considerándose ese acto del demandante libre y voluntario.

De igual forma, refirió que no es posible acceder al traslado pretendido del actor, teniendo en cuenta que se encuentra inmerso en la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00177-01
DEMANDANTE: OSCAR ANTONIO DIAZ TREJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

Recordó que, conforme al Régimen de Protección al Consumidor Financiero, existen ciertas obligaciones con respecto a los afiliados al SSP, destacando que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado; circunstancia que, a su juicio, es evidente en el presente proceso, por haber transcurrido más de 20 años desde el acto de traslado del demandante, por lo cual no es viable que hoy busque la ineficacia alegando algún tipo de vicio del consentimiento.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado judicial de la parte demandada PORVENIR S.A, alegó escrito alegando de conclusión, con el fin que, se revoque la sentencia proferida en primera instancia y en consecuencia, se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda. Aludió que, el demandante realizó solicitud de traslado de régimen pensional el día el día 12 de septiembre de 2001, mediante documento público No. 01611065 a la AFP PORVERNIR S.A.; que, firmó el formulario de afiliación indicando de manera expresa que había sido asesorado de forma concreta y en especial de las implicaciones de su decisión. De lo anterior, trajo a colación el artículo 11° del Decreto 692 de 1994 y circulares 034 y 037 de 1994 expedidos por la Superintendencia Financiera.

Por otro lado, advirtió que, al demandante no le asiste el derecho deprecado, dado que se encuentra inmerso en la prohibición del traslado de régimen según lo establecido en el literal E2 del artículo 13° de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 797 del 2003, y añadió que, se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión y que, a fecha de 01 de abril de 1994, no contaba con 35 años ni tampoco contaba con las 750 semanas necesarias. Dio cuenta que, su representada ha cumplido con el deber de información y ha establecido un procedimiento de capacitación dirigida a los asesores comerciales consistente en darle herramientas a los asesores sobre las características propias del RAIS con el fin de ser transmitidas en debida forma a los clientes, conforme a la normatividad vigente.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00177-01
DEMANDANTE: OSCAR ANTONIO DIAZ TREJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

Sin embargo, alegó que, para la fecha de afiliación del demandante, los Fondos Privados de Pensión no tenían obligación diferente a brindar toda la información necesaria de manera completa, pero de ninguna manera a mantener constancia escrita de las asesorías, ni mucho menos se exigía la Proyección Pensional al afiliado, sólo hasta la expedición del concepto No. 2015123910002 del 29 de diciembre del año 2015 por la Superintendencia Financiera de Colombia, en concordancia con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 del 2015. Señaló que, en cuanto a la nulidad absoluta invocada por el demandante, ha de hablarse en su lugar de nulidad relativa o bien sea anulabilidad. Dicho lo anterior, indicó que, en el caso se cumplen los presupuestos según lo arrojado al proceso que, han pasado 22 años desde que el demandante efectuó el traslado de régimen e igualmente, realizó aportes mes a mes para su pensión en su representada. Así mismo, puso de presente los artículos 1508° y siguiente del Código Civil, en sintonía con la siendo la sentencia hito C-993 de 2006.

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

Añadió lo establecido en el artículo 1746° del Código Civil y agregó que, de llegar a considerarse que no es procedente reintegrar sólo el equivalente a los rendimientos del ISS, sino que en su lugar se debe trasladar la totalidad de los rendimientos financieros generados en el RAIS; apuntó que, debe autorizarse descontar de tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar, dado que, sin importar la causa que haya originado la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS, se debe

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00177-01
DEMANDANTE: OSCAR ANTONIO DIAZ TREJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

reconocer a la AFP las expensas de los gastos que se hayan hecho en favor del afiliado en procura de generar dichos rendimientos, según lo normado en el artículo 20° de la Ley 797 de 2003.

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

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

Invocó como fundamento la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 del 2015, así como el pronunciamiento de la H. CSJ en sentencia SL17595-2017 del 18 de octubre de 2017. En ese sentido, aludió que, la selección de régimen del demandante cumplió con los presupuestos esgrimidos de la jurisprudencia antes citada, y que, no se evidencia ninguna circunstancia que permita concluir que el accionante fue inducido al error o engaño, debido a que antes de la afiliación de régimen se le informó sobre el alcance del mismo, sobre las condiciones del disfrute pensional entre otros beneficios del traslado.

Seguidamente arguyó lo estipulado en literal E del artículo 13° de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Y mencionó que, se encontraba probado que el demandante nació el 18 de abril de 1956, es decir que, de conformidad con lo establecido en el artículo 33° ibidem, al actor le faltan menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad exigida para tener derecho a la pensión de vejez; encuadrándose su caso con los supuestos descritos en la citada norma. Advirtió que, existen deberes mínimos en cabeza de los afiliados al Sistema General de Pensiones, y destacó que el silencio en el transcurso del tiempo se entendía como una decisión consciente de permanecer en el régimen

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00177-01
DEMANDANTE: OSCAR ANTONIO DIAZ TREJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

seleccionado. Apuntó que, lo anterior era una circunstancia evidente en la litis, dado que, el demandante sostenía una relación consensuada con la AFP PORVENIR por más de veinte (20) años y que, la única manera de desvirtuar esta regla legal, era demostrando la preexistencia de una fuerza que hubiese viciado el consentimiento, y que lo anterior era una situación fáctica que no había ocurrido.

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

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 69 del CPTSS, por tratarse de una institución de la cual es garante la Nación.

1. PROBLEMA JURÍDICO

Acorde con el recurso 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 Oscar Antonio Diaz Trejo, con la consecuente devolución de los aportes con destino al RPM, administrado por Colpensiones. En caso afirmativo, si

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00177-01
DEMANDANTE: OSCAR ANTONIO DIAZ TREJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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 gastos por seguros previsionales.

2. TESIS DE LA SALA

La respuesta que se dará al problema jurídico planteado es el acierto de la sentencia de primera instancia, debido a que Porvenir no cumplió con su carga de probar que dio cumplimiento a la gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento, como el inexcusable deber de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado.

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.

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00177-01
DEMANDANTE: OSCAR ANTONIO DIAZ TREJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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 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 no se demostró la existencia de un vicio del consentimiento, que debió dársele valor probatorio a la asesoría verbal que recibió de parte del fondo y que la pasividad del afiliado indica su voluntad de permanecer en ese régimen.

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:

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00177-01
DEMANDANTE: OSCAR ANTONIO DIAZ TREJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

*[...] 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.

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

Conforme tales previsiones, 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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00177-01
DEMANDANTE: OSCAR ANTONIO DIAZ TREJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

*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). (...)

En esa medida, como lo expuso la vocera judicial de Porvenir, para el año 2001, 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 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.

Revisado el material probatorio allegado al proceso, no encuentra esta Sala la demostración de que el accionante hubiese recibido la *asesoría verbal* que invoca la apelante. Tampoco obra prueba del cumplimiento del deber de información explicado. En efecto, solo obra el interrogatorio de parte rendido por el demandante, del cual no se deriva una confesión del hecho discutido, pues allí refirió que recibió una visita de un funcionario de la AFP, ofreciéndole el traslado para tener mejores rendimientos, pero sin explicarle sobre aspectos concretos como las condiciones para acceder a la prestación, modalidades de pensión, forma de cálculo de la mesada, entre otros datos relevantes para tomar su decisión con pleno conocimiento de las consecuencias del acto de traslado.

Al respecto, se debe precisar que la obligación de la AFP no se limita a brindar información sobre los beneficios del RAIS y los motivos por los que debía transferirse a dicho régimen. En estos asuntos, es cardinal tener en cuenta que no basta exponer y sobredimensionar las bondades de un solo sistema, pues lo realmente necesario es lograr una simetría de la

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00177-01
DEMANDANTE: OSCAR ANTONIO DIAZ TREJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

explicación consistente en que la persona cuente con todos los elementos indispensables y suficientes, para que, en su caso concreto, tome la decisión que considere más beneficiosa, evaluando los aspectos positivos, pero también los negativos.

Por ende, el hecho de habersele informado las ventajas del RAIS no permite asumir que la accionante había efectuado previamente un juicio lógico y comparativo entre las características, condiciones, riesgos de cada sistema de pensiones y las consecuencias jurídicas del traslado.

En decisión CSJ SL4175-2021, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisó que no es cualquier información la que acredita el cumplimiento de las obligaciones especiales de las administradoras de fondos de pensiones, y explicó:

De lo anterior se desprende que es la información que se entrega lo que permite, a través de elementos claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y, si ello es así, su omisión pone en grave riesgo el derecho pensional de quienes se trasladan de régimen sin conocer las consecuencias.

En tal sentido, para entender la importancia del por qué no puede ser cualquier información la que se exige entregar al afiliado, basta con señalar, a manera de ejemplo, que de nada le es útil a un afiliado enterarse que en el régimen de ahorro individual se puede pensionar anticipadamente, si no conoce el mecanismo financiero sobre el cual se basa la acumulación de fondos que le permitirán decidir acogerse, en cualquier momento, al beneficio pensional cumpliendo los requisitos que se exigen para el efecto y que, de no conocerlos, la información es incompleta o mejor, inexistente.

En línea con lo anterior, debe referirse 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, 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 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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00177-01
DEMANDANTE: OSCAR ANTONIO DIAZ TREJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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 traslado¹; por lo que se desestiman los reparos realizados por Colpensiones en ese sentido.

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

3.2. Efectos de la declaratoria de ineficacia

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

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

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

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

En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, ese instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (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 el vocero judicial de Colpensiones, toda vez que, como se dijo,

¹ CSJ SL5688-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2022-00177-01
DEMANDANTE: OSCAR ANTONIO DIAZ TREJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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, la vocera judicial de la AFP reprochó que se haya ordenado la devolución de gastos de administración, por no existir norma que lo disponga. 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 sentenciador 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 nulidad².

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

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

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

² 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: 20001-31-05-004-2022-00177-01
DEMANDANTE: OSCAR ANTONIO DIAZ TREJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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.

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.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, se confirmará 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.

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

RESUELVE

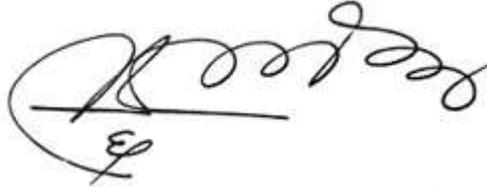
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 9 de febrero de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, por lo expuesto en la parte motiva.

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: 20001-31-05-004-2022-00177-01
DEMANDANTE: OSCAR ANTONIO DIAZ TREJO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

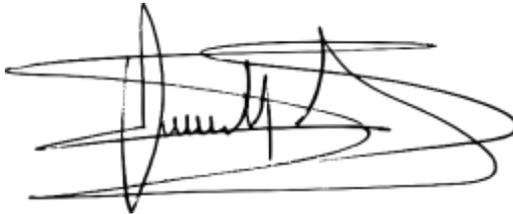
TERCERO: En firme esta decisión, vuelva el expediente a su lugar de origen para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado Ponente

(AUSENCIA JUSTIFICADA)
EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA
Magistrado



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado