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: 20001-31-05-003-2019-00176-01
DEMANDANTE: JOSEFINA ARAUJO ARZUAGA
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTROS
DECISIÓN: CONFIRMA SENTENCIA

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

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 7 de febrero de 2023, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JOSEFINA ARAUJO ARZUAGA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCIÓN SA, ADMNINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLFONDOS SA** y la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES – UGPP.**

I. ANTECEDENTES

1. LIBELO INTRODUCTORIO

Persigue la demandante que se declare la ineficacia del traslado de Régimen pensional que efectuó Josefina Araujo Arzuaga con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y su regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. En consecuencia, solicita su regreso al RPM y que se declare que la única afiliación valida al régimen de pensiones que ha efectuado ha sido la realizada al RPM, y que se condene a las demandadas a *todo lo que resulte probado extra y ultra petita.*

Como sustento factico de esas pretensiones, relató que la demandante cotizó al régimen de prima media con prestación definida, a

través de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal-, hasta que se produjo su traslado al RAIS, específicamente a la AFP Colfondos, el 15 de septiembre de 1994; con posterioridad a ello, migró horizontalmente a la AFP Protección y luego a Porvenir, donde se encuentra afiliada actualmente.

Adujo que, al momento de realizarse el traslado de régimen de la actora, no hubo información por parte de la gestora de pensiones acerca de las consecuencias negativas de abandonar el RPM, únicamente le hablaron de beneficios que no podrían cumplirse, sin revisar que la demandante era beneficiaria del régimen de transición. Agregó que las migraciones que hizo con posterioridad se dieron en las mismas condiciones de falta de asesoría.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 21 de agosto de 2019, y una vez notificado ese proveído a las demandadas, procedieron a dar respuesta dentro del término legal para hacerlo, como sigue:

2.1. UGPP: Se resistió a la prosperidad de las pretensiones en contra de esa entidad, por no estar llamada a responder por ellas, teniendo en cuenta que no es administradora del régimen de prima media, no recibe cotizaciones o aportes de trabajadores activos y solo se encarga del reconocimiento pensional de las Cajas del orden nacional que han sido liquidadas, por lo que no es de su resorte recibir a la trabajadora en expectativa de pensionarse y mantenerle el régimen pensional que hoy reclama.

Formuló como excepciones perentorias las de «*Falta de legitimación en la causa por pasiva*», «*Inexistencia de la obligación*» y «*Prescripción*».

2.2. Colpensiones: Dijo no constarle los hechos restantes, por tratarse de situaciones ajenas a la entidad. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones arguyendo que en el presente asunto se no 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 a la demandante le hacen falta menos de 10 años de edad para tener derecho a la pensión de vejez.

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

2.3. Protección: Admitió la afiliación a esa gestora, negó los referentes a las condiciones que se dio el acto de traslado al RAIS y dijo no constarle los restantes, por tratarse de situaciones ajenas a la entidad. Se opuso a lo pretendido aduciendo que la demandante permaneció afiliada, cotizando y construyendo su historia laboral en el RAIS por más de 25 años, no existiendo ningún vicio del consentimiento, pues se encuentra totalmente informada de los beneficios, condiciones, requisitos y normas que rigen el régimen, pues persistió en permanecer afiliada al mismo.

Formuló como excepciones perentorias las de «*Prescripción y caducidad*», «*Improcedencia de la nulidad de traslado*», «*Firmeza del consentimiento del traslado de régimen y AFP*», «*Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa*», «*Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe*», «*Inexistencia de la obligación y causa para pedir*», «*Improcedencia de condena en costas*», «*Compensación*» y «*Buena fe*».

2.4. Colfondos: Admitió el hecho concerniente a la afiliación de la demandante a esa AFP. Pidió que se desestimen las pretensiones, debido a que la actora se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria, que manifestó su interés de trasladarse, el asesor revisó y analizó su situación particular y le brindó la información necesaria, que se encuentra en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, que como afiliada está en la obligación de conocer y estudiar.

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*».

2.5. Porvenir SA: Adujo que la parte actora pretende desconocer que su afiliación al RAIS estuvo precedida de completa información, y que los

traslados horizontales que realizó fueron llevados a cabo con su voluntad, luego de habérsele asesorado sobre el funcionamiento, características y condiciones de los regímenes pensionales, por ende, no se afectó la libertad de escogencia que le asiste.

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

3. SENTECIA APELADA

Concluyó el trámite de primera instancia mediante sentencia de fecha 7 de febrero de 2023, donde se resolvió declarar la ineficacia del traslado que realizó la demandante al RAIS, condenando a Porvenir a devolver a Colpensiones «[…] *el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, 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* […]»; también ordenó a Colfondos y a Protección trasladar a Colpensiones *los valores correspondientes a los gastos de administración y comisiones debidamente indexadas con cargo a sus propias utilidades, del tiempo en que estuvo afiliada la actora a dicho fondo;* declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva invocada por la UGPP, negó las restantes e impuso costas contra Colfondos, Protección y Porvenir.

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

Expuso que la gestora no demostró que la demandante recibió una asesoría veraz suficiente y oportuna, que le permitiera a ésta conocer y distinguir plenamente los costos y beneficios de ese traslado, incumpliendo

así con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha adoctrinado que el fondo de pensiones tiene la obligación de advertir al afiliado cuales son las consecuencias que conlleva el traslado de un régimen a otro, reiterando que la carga de la prueba para acreditar dicha información está en cabeza del fondo de pensiones demandado, echándose de menos en el expediente prueba alguna que permita concluir que a la demandante se le brindó la asesoría correspondiente.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

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

4.1. Porvenir: Reprochó la determinación, específicamente en cuanto a la orden de indexación, debido a que la orden de devolución de los rendimientos ya cubre la contingencia de pérdida de valor adquisitivo que busca evitar la actualización monetaria.

4.2. Colpensiones: Solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia con fundamento en que, en el presente asunto, no se cumplen con los requisitos normativos establecidos para el traslado del RPMPD hacia el RAIS, previstos en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003 y que han sido analizados por la jurisprudencia constitucional.

5. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado judicial de la parte demandante JOSEFINA ARAUJO ARZUAGA, allegó escrito alegando de conclusión, con el fin que, se confirme la sentencia de primera instancia. Manifestó que, era evidente la ausencia de legalidad en los formularios de afiliación, toda vez su poderdante viene trasladada de régimen especial administrado por CAJANAL y pasa al RAIS sin valorarle las expectativas legitimas de los derechos adquiridos. Argumentó que, dichos formularios, no constituyen medio probatorio para determinar que a su representada le fue brindada una formación clara, completa y comprensible de las desventajas que le traería al trasladarse de régimen pensional y estimó que tal afiliación debe declararse nula por vicios en el consentimiento.

Así mismo, expresó que, no existe prueba alguna aportada dentro del proceso donde la accionada haya cumplido con los parámetros del Decreto 1161 de 1994, y que, por el contrario, ha habido un quebranto a los principios a la vida en relación de su protegida. Citó para ello, sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 18 de marzo del 2020[1]. Alegó que, su poderdante con el fondo privado no alcanzaría una pensión de vejez acorde a lo devengado en la actualidad, toda vez que el capital acumulado en su cuenta de ahorros individual alcanza para una pensión mínima o en el mejor de los casos 2 SMLMV, situación que reprocha dado que, la misma ha realizado aportes significativos en su vida laboral.

Expresó que, los agentes de las AFP omitieron, al momento de la firma de los formularios de afiliación en fechas: 15/09/1994, 05/06/1996 y 31/01/2000; que su mandante venía del régimen especial y no podían trasladarla sin un estudio debidamente consentido. Apuntó que, nunca le fue proporcionada a su prohijada una información completa y comprensible respecto a las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales existentes en nuestro país.

La apoderada judicial de la parte demandada COLPENSIONES, allegó escrito alegando de conclusión, con el fin que, se revoque la sentencia de primera instancia. Manifestó que no existieron medios de prueba que acreditaran las circunstancias expuestas en la demanda. Que, no se pudo concluir la existencia o configuración de un vicio en el consentimiento al momento de realizar el traslado derivado de una indebida asesoría, que haga procedente la declaratoria de ineficacia del traslado del RPM al RAIS.

Así mismo, anotó lo dispuesto en el literal e del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modifica el artículo 13°de la Ley 100 de 1993. Expresó que, la demandante a la fecha cuenta con 61 años de edad, nacida en septiembre de 1961, y que, por ende, no cumple con el requisito legal de traslado, puesto que, se encuentra en la edad de pensión, de conformidad con lo planteado en sentencia SL373-2021 Rad No. 84475 de la CSJ.

[1] M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo - Rad No. 57444

Igualmente, invocó el Decreto 2550 de 2010, así como hizo referencia al principio de relatividad jurídica para establecer los efectos entre los actos jurídicos sobre la mesa, de modo que, los efectos se extienden hasta la parte actora y el RAIS, pero no hacia su prohijada en calidad de tercero. Se refirió al artículo 48° de la Constitución Política en aras de garantizar el equilibrio financiero del sistema. Indicó que, COLPENSIONES a la par que la figura de la inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de Colpensiones se consolida por el tiempo en que aquellos afiliados permanecieron en el RAIS, aunado a que la seguridad jurídica que se deriva de la inoponibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros, que, en este caso, tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional.

Estableció que, la decisión judicial de declarar la ineficacia de traslado, repercute, en que se cree de manera injustificada y desproporcionada una obligación en cabeza de su representada; que, no se cumple el criterio de la necesidad, dado que, existen otros medios menos lesivos para mantener los derechos del afiliado a cargo de las AFP. Estimó que, en caso contrario a lo expuesto, se evalúe la proporcionalidad de la medida que se adopta con la ineficacia del traslado, instó que sea la AFP quien asuma las cargas económicas, o que los dineros que se trasladen al RAIS, los devuelvan conforme a un estudio actuarial que determine que con ellos se cubre en su integridad la prestación en los términos actuariales previstos para el RPM. Alegó que, fue improcedente condenar a su protegida toda vez que no participó en el acto que se declara nulo y/o ineficaz, y el sustento de la decisión guarda relación con una conducta desplegada por un tercero ajeno a la Administradora del Régimen de Prima Media.

Pide tener en cuenta, sentencia C-1024 de 2004 de la Corte Constitucional, siendo considerada como una medida adecuada, proporcionada y necesaria que busca evitar la descapitalización del fondo común del RPM, en cabeza de COLPENSIONES, déficit que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común pudiesen trasladarse de régimen cuando llegasen a estar próximos a

acceder a la edad mínima requerida para el reconocimiento de la pensión de vejez.

En cuanto a la nulidad, invocó sentencia CSJ. SL 31989 de 2008, para establecer que, la misma en materia de traslado de régimen pensional ha venido siendo materializada como el efecto o consecuencia jurídica que genera la declaratoria de ineficacia de la vinculación o traslado de régimen pensional principalmente del RPM al RAIS, generando como consecuencia la conservación de los derechos de acceder a la prestación pensional por ser un derecho de rango constitucional. En ese sentido, comentó que, sobre los conceptos esbozados, por su naturaleza no son equiparables entre sí; por cuanto la ineficacia hace referencia a la legalidad del acto de la vinculación y sus efectos hacia el futuro una vez sea declarada y por otra parte la nulidad se traduce simplemente en que el vínculo jurídico nunca nació a la vida jurídica.

Así mismo, puso de presente sentencia SL 1688-2019 y salvamento de voto dentro del Rad No. 68852 del Magistrado Jorge Luis Quiroz para aludir que, se debe partir de la presunción que la afiliación al RAIS, se hizo de manera libre y espontánea, puesto que, la parte demandante, no logró acreditar con las documentales obrantes en el expediente, que su consentimiento haya sido viciado.

El apoderado judicial de la parte demandada PORVENIR S.A., allegó escrito alegando de conclusión, con el fin que, se revoque la sentencia de primera instancia. **1.Respecto a la ineficacia del traslado**, manifestó que, en dicho asunto no se alegó ni se probó los eventos regulados por los artículos 1741°, 1508°, 1513°, 1515°, 1517° y 1524° del Código Civil. Expresó que si lo que se buscaba era la declaratoria de ineficacia regulada por el artículo 271° de la Ley 100 de 1993, no existía aproximación entre dicha norma y los artículos 1740 y ss del articulado Civil y que, la única normatividad que se hacía referencia a ineficacia de pleno derecho, era la contemplada en el artículo 897° del Código de Comercio. Que, lo anterior tampoco fue alegado ni probado en el transcurso del proceso. Precisó que, el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54°A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114° de la Ley 100 de 1993, esto es que, la selección

fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246° y 272° respectivamente del CGP. Y que, al extremo demandante también le correspondía el deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar.

2. Del Derecho de retracto, enunció que su protegida, siempre le garantizó a la parte demandante la posibilidad de retornar al RPM y además, dispuso los canales de comunicación suficientes para permitirle a la msima conocer las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, referentes al funcionamiento, características y requisitos del RAIS, poniendo de presente las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo este último, de conformidad con lo establecido en el artículo 64° de la misma Ley. Y, argumentó que, esto lo acreditaba la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

3. Del Derecho a la libre escogencia, advirtió que, la demandante luego de recibir la información necesaria y suficiente, decidió afiliarse al RAIS, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación con su representada, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114° de la Ley 100 de 1993.

4. De la acreditación del deber de información, acotó que, la demandada aportó los documentos que de acuerdo con las normas existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico del traslado debía mantener en sus archivos. Por otro lado, alegó que, pese a que la parte demandante no estuvo imposibilitada para retornar al RPM, permaneció en el RAIS y, pidió que ello debe valorarse como un indicio serio de querer permanecer en este, en concordancia con lo señalado por la Sala Laboral de la CSJ en los untos referidos a la "desafiliación tacita de los afiliados" del sistema que; en donde debe apreciarse en conjunto la "voluntad del afiliado", al permanecer en el régimen privado por más de 20 años y citó como ejemplo sentencia con Rad. 47236 del 06 de abril de 2016.

5. De la imposición de cargas probatorias inexistentes, expuso que, la CSJ en sentencia SL1637-2022 Rad No. 89208 del 11 de mayo de

2022, establece que, el querer futuro de leyes fue colocar en cabeza de las administradoras el deber de información. Y, agregó que, para el momento de la celebración de los actos jurídicos de traslado pensional no existía la obligación de suministrar la información con el alcance que se despliega en la jurisprudencia, esto es que, el afiliado comprenda –se le traslada también a las AFP la responsabilidad del acto personal de lo entendido- un tema que, ni siquiera versados en materia laboral logran abarcar, dada la complejidad técnica del asunto.

6. De la diferencia legal de la ineficacia y la nulidad de lo actos y sus efectos, invocó artículos 60° del CPTSS, artículo 113° de la Ley 100 de 1993 y artículo 1746° del Código Civil, pues consideró que el juez de primera instancia no hizo un estudio minucioso a la hora de analizar las pruebas allegadas en la diligencia. Pues, este declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas antes referidas relacionadas con la validez de los negocios jurídicos.

7. De la buena o mala fe de las partes en las restituciones mutuas, dio cuenta que, en atención al principio de la congruencia de la sentencia (artículo 281°CGP), al no haberse discutido y menos probado la mala fe de PORVENIR S.A. en la celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenarse a su representada a restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es COLPENSIONES, los rendimientos financieros que logró su representada por la gestión que adelantó en la administración de los aportes en el RAIS. Añadió que, tampoco se debe ordenar la devolución de las primas de seguros por cuanto el afiliado siempre estuvo protegido en las contingencias que ellas amparan y se apoyó en sentencia C-1024 de 2004 de la Corte Constitucional.

El apoderado judicial de la parte demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, allegó escrito alegando de conclusión, con el fin que, se revoque la sentencia de primera instancia. Respecto al **primer problema jurídico que planteó, es decir, la legalidad la legalidad del acto** de traslado de un régimen pensional a otro y las condiciones bajo las cuales se efectuó el mismo; precisó que, correspondía a la AFP desvirtuar las afirmaciones de quien

acciona, concernientes al incumplimiento del deber de consejo e información que por mandato legal les asiste a las administradoras de pensiones y citó sentencia CSJ SL de fecha 9 de septiembre de 2008, expediente 31989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas y sentencia CSJ SL 18445 Rad. 57302 del 28 de mayo de 2019, MP Cecilia Margarita Duran Ujueta.

Argumentó que, le asistía a la entidad AFP la carga de demostrar a través de los medios idóneos y pertinentes que, durante el trámite administrativo de traslado, brindó a la parte demandante toda la información que le permitiera conocer las consecuencias que se derivarían de su afiliación con dicha entidad y consecuente traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al cual pertenece. Que, por ende, su representada no tiene responsabilidad alguna en el tratamiento que éstas hayan dado al trámite administrativo de traslado. Agregó que, no resultaba procedente conceder la pretensión de trasladar a la parte accionante del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, dado que, la peticionaria no logró demostrar al interior del proceso que cumplía con el requisito de estar a más de 10 años de adquirir la edad para pensionarse, en virtud del literal e) del artículo 13° de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 y el artículo 9° de esta última. Sin embargo, estimó que, aun cuando se hubiera logrado acreditar probatoriamente que resulta procedente acceder a la declaratoria de ineficacia o nulidad del acto administrativo de traslado del RPM al RAIS, su prohijada no es entidad legitimada o competente para asumir la afiliación de la accionante, razón por la cual, no se encuentra legitimada en la causa por pasiva dentro del litigio e invocó Decreto 575 de 2013 en artículo 2°. Y que, a la UGPP únicamente cuenta con facultades para reconocer y administrar los derechos pensionales y prestaciones económicas de los servidores públicos que se hubieren causado o reconocido con anterioridad a la fecha de supresión de las entidades, cajas o fondos públicos del nivel nacional que fueran administradoras exclusivas de tales derechos.

Manifestó que, era evidente los objetos y funciones que legalmente fueron asignados a cada entidad y que de ser procedente el retorno de la parte demandante al RPM, la entidad llamada asumir la afiliación de la

peticionaria sería COLPENSIONES y no la UGPP, puesto que aun cuando los afiliados a CAJANAL deben ser pensionados por la UGPP, deben acreditar haber causado sus derechos antes de la cesación de actividades de la entidad en mención, o por lo menos acreditar que a dicha fecha, se contaba con el tiempo de servicios exigidos por las normas que regulan su derecho pensional, escenario, que no se acredita en el caso que nos ocupa.

Finalmente, solicitó se tuviese en cuenta la configuración de los supuestos fácticos para que opere el fenómeno prescriptivo propio de los derechos como el que se pretende, conforme al contenido de los artículos 488° del CST y 151° de CPL, específicamente que se declaren prescritas todas las mesadas pensionales causadas con anterioridad a los 3 años que antecedieron a la procuración del reconocimiento pensional.

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 los recursos de apelación, encuentra la Sala que los problemas jurídicos en alzada se contraen a determinar si acertó el fallador de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado efectuado por Josefina Araujo Arzuaga. En caso afirmativo, si la orden de devolución de rendimientos es incompatible con la indexación de las sumas que se ordenaron trasladar.

2. TESIS DE LA SALA

La respuesta que se dará al primer problema jurídico planteado es el acierto de la sentencia de primera instancia, debido a que Colfondos 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 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.

En el presente asunto, la AFP Colfondos, al dar contestación a la demanda admitió que Norma Cecilia Calderón Mendoza se afilió a esa gestora, a partir del 15 de septiembre de 1994, a través de la suscripción de un formulario donde hizo constar que la actora tomó esa determinación de manera libre e informada.

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[2].

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 SL2208-2021

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, respecto a la obligación de acreditación del cumplimiento de esa obligación por la gestora demandada, 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[3].

Ciñéndose a esos mandatos, revisado el material probatorio allegado al proceso, no encuentra esta Sala la demostración del cumplimiento del deber de información explicado, como en principio concluyó el juzgador de primera instancia. En efecto, del interrogatorio de parte rendido por el accionante no se deriva una confesión del hecho discutido, pues allí la actora refirió que el traslado al RAIS se realizó cuando se extinguió Cajanal, pero sin recibir información sobre las implicaciones y consecuencias de dicho acto.

En línea con lo anterior, importa señalar que la firma impuesta en el formulario de vinculación invocado no es suficiente para entender que la usuaria ha tomado una decisión informada, en la medida en que ello no da cuenta de la adquisición del conocimiento suficiente sobre los efectos de su elección. En ese sentido, ha explicado la alta corporación que no es viable entender que la simple rúbrica impuesta en un formulario, como

[3] CSJ SL1688 de 2019

señal de asentimiento, pueda sustituir la entrega de información que solo compete a las administradoras. (CSJ SL4373-2020)

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

Finalmente, 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 afiliado está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado. (CSJ SL5688-2021)

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 Colfondos, es decir, como si no se hubiera dado, lo que se extiende a los que realizó con posterioridad. 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 el vocero 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 la actora nunca dejó de ser afiliada del régimen de prima media.

3.3. Sumas que deben trasladarse por la declaratoria de ineficacia

Ahora, en punto al recurso de apelación de Porvenir SA, el vocero judicial de la AFP adujo la incompatibilidad entre la devolución de los rendimientos y la orden de indexación, debido a que con ambas se supera la contingencia de la devaluación del poder adquisitivo de la moneda.

Frente a ese planteamiento, es necesario advertir que no existe el yerro endilgado al juzgador de primera instancia, en razón que, la jurisprudencia ha precisado que, en aras de lograr, *«[…] el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, [es imprescindible] retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado»* (CSJ SL2877-2020).

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la CSJ SL4175-2021, ha dispuesto:

> *Por tal razón, en tratándose de ineficacia, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).*
>
> *En consecuencia, habrá de adicionarse el numeral tercero del fallo del a quo, en el sentido de que Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluidos el costo de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser indexadas para corregir la pérdida del poder adquisitivo por*

fenómenos inflacionarios, y durante todo el tiempo que el accionante permaneció en el RAIS, con cargo a sus propios recursos.

Así también lo ha dispuesto el alto tribunal, en sentencias como la CSJ SL4237-2022:

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020, CSJ SL5595-2021).

Conforme lo visto, resulta acertada la orden de indexación 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, recae sobre las primas destinadas a los seguros previsionales, al fondo de garantía de pensión mínima y a los gastos de administración, que no a la cotización y sus frutos[4], ello bajo el entendido de que tal medida también 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,

[4] CSJ SL1875-2022

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia proferida el 7 de febrero de 2023, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO: Costas a cargo de Porvenir SA. Como agencias en derecho a favor de la demandante, y contra la AFP Porvenir SA, se fija la suma de un salario mínimo legal vigente. Liquídense 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

(AUSENCIA JUSTIFICADA)
EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA
Magistrado

ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado