

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: 20001-31-05-003-2019-00335-02
DEMANDANTE: ROSMARY NIEVES BALLESTEROS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO
DECISIÓN: CONFIRMA SENTENCIA

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

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2023, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ROSMARY NIEVES BALLESTEROS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.**

I. ANTECEDENTES

1. LIBELO INTRODUCTORIO

Persigue la demandante que se declare la ineficacia del traslado de Régimen pensional que efectuó Rosmary Nieves Ballesteros con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y su regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. En consecuencia, solicita que se ordene a la AFP Porvenir SA trasladar al sistema público los aportes a pensión recibidos desde el 1° de agosto de 2010, junto con los rendimientos, intereses y bonos equivalentes; además, que una vez efectuado lo anterior, se ordene a Colpensiones proceda a aceptar dicho traslado.

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2019-00335-02
DEMANDANTE: ROSMARY NIEVES BALLESTEROS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

través del Instituto de Seguros Sociales, desde el 13 de febrero de 1987, hasta que se produjo su traslado al RAIS, específicamente a la AFP Porvenir, el 7 de abril de 1994; posteriormente, regresó al RPM, administrado por Colpensiones, en fecha 26 de junio de 1998.

Expuso que, fue trasladada nuevamente al RAIS, a través de la AFP Porvenir, sin su consentimiento, en tanto que, a pesar de que existe un formulario firmado por ella, en el año 2010, aquel acto no respondió a un consentimiento informado sino a la creencia de haber suscrito una actualización de datos, debido a que sus cesantías eran consignadas a ese fondo.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 16 de enero de 2020, y una vez notificado ese proveído a las demandadas, procedieron a dar respuesta dentro del término legal para hacerlo, como sigue:

2.1. Colpensiones: Admitió la afiliación de la demandante a esa gestora, mientras dijo no constarle los hechos restantes, por tratarse de situaciones ajenas a la entidad. Se opuso a la prosperidad de los pedimentos de la actora arguyendo que para la época en que se llevó a cabo el traslado de régimen de la actora los fondos de pensiones únicamente contaban con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento y consentimiento del usuario respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente a ese documento, por lo que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.

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

2.2. Porvenir SA: Aceptó que la demandante suscribió formulario de afiliación de fecha 7 de abril de 1994, para trasladarse desde el RPM al RAIS y que, posteriormente, regresó a su antiguo régimen, el 26 de junio de 1998. Admitió también que, el 29 de mayo de 2010, suscribió nuevo

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2019-00335-02
DEMANDANTE: ROSMARY NIEVES BALLESTEROS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

formulario solicitando su migración al RAIS, la cual fue aceptada y se hizo efectiva el 1 de agosto de esa anualidad. Se resistió a las pretensiones esgrimiendo que, en ambas oportunidades, los traslados se efectuaron después de haberla asesorado sobre las implicaciones de su decisión, funcionamiento del RAIS y condiciones pensionales, tal como se observa en los formularios de vinculación correspondientes, documento público que debe presumirse auténtico. Agregó que la permanencia de la actora 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 inconformidad alguna por ausencia de información.

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

3. SENTENCIA APELADA

Concluyó el trámite de primera instancia mediante sentencia de fecha 24 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 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, todo debidamente indexados [...]*»; declaró no probadas las excepciones de mérito e impuso costas contra 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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2019-00335-02
DEMANDANTE: ROSMARY NIEVES BALLESTEROS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

así con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha adocinado 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: El vocero judicial esgrimió que afiliación de la actora a la AFP Porvenir no adolece de ningún vicio y de haber existido ya se encuentran saneados por el paso del tiempo, así como por la ratificación de los actos jurídicos realizados por la demandante. Agregó que resulta inverosímil después de tantos años de haberse trasladado de régimen, la parte actora pretenda una migración prohibida por la ley vigente.

Acotó que, a pesar que la demandante afirma que fue inducida en error, debe tenerse en cuenta que los dos regímenes son diferentes, conforme lo establece la ley, y no se pueden equiparar, pues cada uno tiene sus características y beneficios propios, por lo que no puede considerarse que uno sea más ventajoso que otro. En ese sentido, adujo que la mera aseveración de falta de información no es conducente para probar los hechos referidos y la ignorancia de derecho no sirve de excusa, por lo que la persona que lo celebró debe asumir las consecuencias del acto jurídico.

Discutió la orden de devolución de cuotas de administración, atendiendo que la rentabilidad que se ha generado dentro de las cuentas de los trabajadores obedece a la buena administración de los aportes efectuado por el fondo y, por tanto, no es dable que se le condene a retornar esas sumas de dinero. Resaltó que la Superintendencia Financiera de Colombia indicó que en los casos de declaratoria de ineficacia de traslado, las únicas sumas a retornar, serán las que estén por conceptos de aportes pensionales y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin incluir los gastos de administración, o comisión de

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2019-00335-02
DEMANDANTE: ROSMARY NIEVES BALLESTEROS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

administración y la prima de seguro previsional, situación que constituiría un enriquecimiento ilícito; resaltando que este último concepto fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte y se materializan en una póliza en favor de una aseguradora.

Manifestó su inconformidad respecto de las costas impuestas, afirmando que Porvenir cumplió con los deberes que se encuentran en cabeza de ella, por disposición normativa y jurisprudencial. Que no existió omisión de información o indebida asesoría, teniendo en cuenta que la demandante es una persona legalmente capaz y se entiende que pudo sopesar los argumentos manifestados por los asesores de la AFP para tomar la decisión de si le convenía o no la decisión de trasladarse.

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

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 59 años de edad, nacida en marzo de 1964, 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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2019-00335-02
DEMANDANTE: ROSMARY NIEVES BALLESTEROS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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.

Trajo a colación concepto de la Sala de Casación Civil de la CSJ para manifestar que, la inoponibilidad en este caso frente a un negocio jurídico ineficaz, permite que sus efectos se mantengan ante un tercero de buena fe, o, en otras palabras, que se mantengan los efectos de la afiliación al RAIS frente a COLPENSIONES. Y, pidió tener en cuenta el desmedro patrimonial que sufre la reserva pensional del RPM por la declaratoria de ineficacia de los traslados irregulares al RAIS. 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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2019-00335-02
DEMANDANTE: ROSMARY NIEVES BALLESTEROS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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.

Invocó jurisprudencia de la CSJ SL 17595-2017 y SL 413-2018 y, a la Corte Constitucional en sentencias T-211-2016, SU-062 de 2010 y C-3455-2017 para estipular que, en el presente caso, la ineficacia se encuentra ligada a la validez y el efecto jurídico que produce la aceptación del afiliado de pasar de un régimen pensional a otro, y las consecuencias jurídicas que se desprenden hacia el futuro una vez se dé la declaratoria de inexistencia de vínculo entre ellos, dentro de las cuales se encuentra incluida la nulidad. 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 proferida en primera instancia. Aludió que, la demandante realizó solicitud de traslado de régimen pensional el día el día siete (07°) de abril de 1994 a la AFP Porvenir S.A. posteriormente retorno al RPM por COLPENSIONES a fecha de primero (01) de agosto de 1998 para finalmente decidir retornar al RAIS administrado por su mandante en el año 2010 con solicitud del veintinueve (29) de junio de la misma anualidad; de manera que indicó haber sido asesorado de forma concreta. De lo anterior, trajo a colación el

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2019-00335-02
DEMANDANTE: ROSMARY NIEVES BALLESTEROS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

artículo 11° del Decreto 692 de 1994 y circulares 034 y 037 de 1994 expedidas 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. Señaló que, la afiliación inicial del demandante obedeció a un acto libre en cuya ejecución no se incurrió en ningún vicio que hubiere podido afectar el consentimiento, de modo que, se aduce que, los traslados horizontales realizados por el mismo, ratifican su ánimo de permanencia en el RAIS. Así mismo, dio cuenta que, su representada ha cumplido con todos y cada uno de los presupuestos legales en relación con la vinculación de los afiliados al régimen de pensiones y, el deber de información. Por ende, manifestó que, no es de recibo las afirmaciones infundadas en relación con aparentes engaños o indebida asesoría veintiocho (29) años después de haber realizado su primer traslado de régimen, trece (13) desde su retorno habiendo permanecido afiliada al RAIS.

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,

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2019-00335-02
DEMANDANTE: ROSMARY NIEVES BALLESTEROS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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 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.

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 Edgar Enrique Rodríguez Lizcano. En caso afirmativo, si la orden de devolución debió limitarse a los saldos existentes en la cuenta de ahorro pensional del demandante, excluyendo lo concerniente a cuotas de administración y sumas por seguros previsionales.

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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2019-00335-02
DEMANDANTE: ROSMARY NIEVES BALLESTEROS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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 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.

Finalmente, no se modificará la decisión frente a la imposición de costas, debido a que dicha condena se sustenta en criterios legales y objetivos.

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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2019-00335-02
DEMANDANTE: ROSMARY NIEVES BALLESTEROS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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.

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, invocando, además, que el desconocimiento de la ley no es excusa y que el error de derecho no genera la *nulidad* del negocio jurídico.

Bajo las reglas reseñadas, lo primero que debe decirse es que una de las maneras de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, es omitir suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de régimen pensional. Por tanto, el estudio del elemento del consentimiento en el cambio de régimen no debe fundarse en la verificación de los vicios de error, fuerza o dolo relativos a la validez del acto, sino que debe centrarse en la constatación del cumplimiento del deber de información y buen consejo a cargo de las AFP¹.

¹ CSJ SL2208-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2019-00335-02
DEMANDANTE: ROSMARY NIEVES BALLESTEROS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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, 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 existentes².

Debe advertirse, además, que, contrario a lo sostenido por la AFP Porvenir en la apelación, para la procedencia de la ineficacia bajo estudio no se requiere que exista un perjuicio económico concreto, es decir, no se estudia si finalmente uno u otro régimen le resultaba más o menos favorable a la actora, sino la falta de información sobre las características que la llevarían a decantarse por uno o por otro. Recuérdese que no se persigue crear reglas de pensamiento general e inamovibles, tales como creer que siempre el RPM será más favorable para los afiliados en

² CSJ SL1688 de 2019

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2019-00335-02
DEMANDANTE: ROSMARY NIEVES BALLESTEROS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

contraposición al del RAIS, o presumir que hubo engaño por no mediar documentación dentro del expediente que acredite la información suministrada.

Por lo que se propende es porque el juez forje de manera libre su convencimiento a partir de ciertas directrices claras, a saber, que la asesoría prestada por los fondos de pensiones -así sea verbal o escrita-, sea focalizada y dirigida a las condiciones particulares de cada uno de los afiliados. No se trata solo de elaborar un discurso abstracto que explique en qué consiste uno y otro régimen, sino que, por el contrario, contenga las implicaciones concretas de lo que sería la causación de su derecho pensional en uno u otro escenario.

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 su primer traslado lo hizo por presión de su empleador, pero sin tener conocimiento alguno del funcionamiento del RAIS y, por ello, una vez tuvo la oportunidad, regresó al RPM. En la misma oportunidad, la parte actora ratificó que firmó el formulario de 2010, pero para una actualización de datos de Porvenir, que administraba sus cesantías, y no para llevar a cabo una migración de régimen.

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 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.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2019-00335-02
DEMANDANTE: ROSMARY NIEVES BALLESTEROS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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 Porvenir, es decir, como si no se hubiera dado. En otras palabras, implica declarar que siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por Colpensiones.

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

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

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

Bajo esa previsión, se torna innecesario el análisis de los requisitos previstos en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, invocados en la alzada por el vocero judicial de Colpensiones, toda vez que, como se dijo, la consecuencia necesaria de la declaratoria de ineficacia es precisamente

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2019-00335-02
DEMANDANTE: ROSMARY NIEVES BALLESTEROS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

retornar las cosas al estado anterior, es decir, se tiene que la actora nunca dejó de ser afiliada del régimen de prima media.

3.3. Sumas que deben trasladarse por la declaratoria de ineficacia

Ahora, en punto al recurso de apelación de Porvenir SA, el vocero judicial de la AFP reprochó que se haya ordenado la devolución de gastos de administración, por tratarse de dineros resultantes de la buena gestión de la entidad. También se opuso al traslado de lo pagado por seguros previsionales, por tratarse de descuentos que operan por ministerio de la ley y que involucran a terceros.

Frente a ese planteamiento, es necesario advertir que no existe el yerro endilgado al juzgador de primera instancia, en razón que, independientemente de haberse declarado la ineficacia y no la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS, las consecuencias de dicha declaratoria serán aquellas de que trata el artículo 1746 del Código Civil, dado que no existe previsión alguna en la legislación civil que señale cuales son las consecuencias de declaratoria de ineficacia del acto jurídico, y por tanto conforme a jurisprudencia nacional, las consecuencias de la ineficacia se asemejan a las consecuencias que conlleva la nulidad³.

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.

³ 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: 20001-31-05-003-2019-00335-02
DEMANDANTE: ROSMARY NIEVES BALLESTEROS
DEMANDADO: PORVENIR SA 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 la inconformidad de Porvenir, sobre la imposición de costas procesales de primer grado, debe decirse que son lógica consecuencia del resultado del proceso, en el cual la administradora fondos de pensiones resultó vencida, de manera que no hay lugar a modificación en este punto.

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 24 de febrero de 2023, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso de la referencia.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2019-00335-02
DEMANDANTE: ROSMARY NIEVES BALLESTEROS
DEMANDADO: PORVENIR SA Y OTRO

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. Liquidense concentradamente por el juez de primera instancia.

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

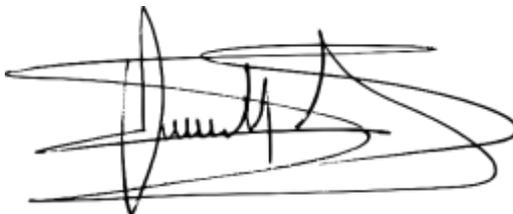
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado Ponente

(AUSENCIA JUSTIFICADA)

EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA
Magistrado



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado