



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BARANQUILLA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: CESAR RAFAEL MARCUCCI DIAZGRANADOS

SENTENCIA ESCRITURAL AUTORIZADA POR EL DECRETO 806 DEL 2020 DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FRANCISCO MENDOZA ORTIZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., RADICADO: 08-001-31-05-005-2019-00144-00, Radicación Interna # 67.498-A.

TEMA. INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

ACTA N° 32

Barranquilla D.E.I.P., diez (10) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), la sala integrada por los magistrados FABIAN GIOVANNY GONZALEZ DAZA, MARIA OLGA HENAO DELGADO y CESAR RAFAEL MARCUCCI DIAZGRANADOS, quien la preside como ponente, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede a emitir sentencia escrita con la finalidad de resolver recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., contra la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2019, dictada por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, así como el grado jurisdiccional de consulta por resultar adversa a una entidad descentralizada respecto de la cual la Nación es garante, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T.S.S.

Previo a lo anterior, es del caso señalar que la parte demandada, allegó mediante correo institucional Escritura Pública N° 3376 del 2 de septiembre de 2019 de la Notaria Novena del Circulo de Bogotá, mediante la cual la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, otorgó poder general amplio y suficiente a la sociedad ORGANIZACIÓN JURIDICA Y EMPRESARIAL MV S.A.S., se allegó certificado de existencia y representación legal de la sociedad en mención, donde consta el DR. José David Morales Villa, como su representante



legal y; copia de sustitución de poder realizada por el mencionado profesional del derecho, a la Dra. Kimberly Villanueva Lopez, por tanto, se tendrá a la sociedad ORGANIZACIÓN JURIDICA Y EMPRESARIAL MV S.A.S., identificada con NIT N° 900.192.700-5, como apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y se habilita para actuar a los abogados, Dr. JOSÉ DAVID MORALES VILLA, identificado con cédula de ciudadanía N° 73.174.240 y TP N.º 89.918 del CSJ, como principal y a la Dra. KIMBERLY VILLANUEVA LOEZ, identificada con cédula de Ciudadanía N° 1.045.715.327 y TP N° 296.934 del CSJ, como sustituta; de igual manera se evidencia que el apoderado judicial de la parte demandada, Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Dr. Carlos Valega Puello, presenta sustitución de poder al Dr. Daniel Andrés Oviedo Consuegra, identificado con cedula de ciudadanía N° 1.140.862.737 y T.P N° 295.069 del C.S.J., por lo tanto se habilita para actuar como apoderado sustituto.

Seguidamente se procede a dictar la siguiente **SENTENCIA**

El señor FRANCISCO MENDOZA ORTIZ, promovió por conducto de apoderado judicial, demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; como consecuencia de esa ineficacia, se declare la nulidad de traslado y la afiliación a la AFP demandada; que se ordene a la AFP la devolución de los aportes con sus respectivos rendimientos al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES; que al estar comprobado el daño, la AFP, pague el título pensional a favor de COLPENSIONES, con el fin de que el actor pueda solicitar ante esa entidad la pensión de vejez y ésta asuma la prestación económica con el cumplimiento de la edad respecto del demandante; indexación sobre los valores determinados, teniendo en cuenta el IPC; traslado efectivo del demandante de PORVENIR S.A., a COLPENSIONES, inmediatamente quede ejecutoriada la sentencia que lo ordene; costas a cargo de las demandas.

ANTECEDENTES

En resumen, narra la parte histórica del libelo demandatorio que el actor estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el ISS, hoy Colpensiones; que en el mes de junio del año 2002, se hizo efectivo el traslado del actor a la AFP PORVENIR S.A; que ésta en ningún momento le



hizo la advertencia de los riesgos que existían en caso de trasladarse al RAIS; que al 5 de junio de 2018 registraba un total de 1646 semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensiones; que la distribución de las semanas cotizadas en prima media equivale a 832, con un valor de bono por \$88.812.081 y la distribución de semanas cotizadas en el RAIS equivalen a 814, con un valor en la cuenta individual de \$93.037.172; que la AFP no le informó en el momento del traslado la condición de su historial laboral, así como tampoco le informó de las consecuencias y perjuicios que le podía ocasionar el traslado; que al momento de efectuarse el traslado le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, y que aun cuando solicitó traslado a Colpensiones, éste fue negado por contar el actor con menos de 10 años para pensionarse.

LA ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 6 de mayo de 2019, el cual dispuso la notificación a las entidades demandadas, y una vez lograda, mediante apoderado judicial, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, dio repuesta al libelo, oponiéndose a lo pretendido, pronunciándose acerca de los hechos manifestando que acepta los hechos 4, 9-17, parcialmente acepta los hechos 5 y 6, los demás no le constan; propuso las y excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, falta de derecho para pedir, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos, enriquecimiento sin causa, innominada o genéricas. (Folios 108 - 116).

De igual forma la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, mediante apoderado judicial dio respuesta al libelo oponiéndose a lo pretendido, pronunciándose acerca de los hechos manifestando que son ciertos los hechos 1- 4, 10 - 13, y los demás no le constan y no los acepta; propuso las excepciones prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad, validez de la afiliación, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensión obligatorio administrado porvenir s.a., falta de legitimación en la causa por pasiva, mala fe del demandante, buena fe de la entidad demandada, ausencia de prueba efectiva del daño, inexistencia del daño alegado, innominada o genérica. (Fls. 133 - 162).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, que conoció del presente proceso en primera instancia, mediante proveído de fecha 26 de noviembre de 2019, resolvió el fondo del asunto, por medio de la cual declaró la ineficacia de dicho traslado del señor FRANCISCO MENDOZA ORTIZ, que se efectuó en



junio de 2002 a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A; ordenó restablecer las cosas a su estado anterior; ordenó a la administradora de fondo de pensiones PORVENIR S.A., devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales si se han redimido, sumas adicionales aseguradas y rendimientos causados, así como los frutos e intereses, sin descontar cuota de administración.

El Juez A quo manifestó que si existió irregularidad en el traslado del régimen pensional del actor, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado en de junio del 2002, establece que hay lugar a declarar la ineficacia del mencionado traslado y que dicha irregularidad conlleva a declarar la misma y ordenar que las cosas regresen a estado anterior, considera que la parte demandada no logró acreditar que al momento de realizar el traslado cumplió con las exigencias requeridas, toda vez que no logró demostrar que suministro al actor una información clara, expresa y oportuna respecto de las consecuencias del traslado de régimen., establece que cuya obligación estaba a cargo de la AFP PORVENIR, de tal manera que el actor pudiera hacer una libre escogencia como lo exige la Ley.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, interpone recurso de apelación frente a la sentencia proferida en el proceso de la referencia, y lo sustenta argumentando que la solicitud de ineficacia del traslado de régimen pensional no tiene vocación de prosperidad, toda vez que cerrado el debate probatorio, se logró comprobar que dicho traslado no estuvo viciado y que el mismo se realizó de manera voluntaria por parte del demandante, así mismo se logró demostrar que el actor permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad de manera voluntaria, ya que teniendo la posibilidad de solicitar el retorno al régimen de prima media con prestación definida no lo hizo, y una vez realizado el traslado a la AFP PORVENIR., el actor materializó su voluntad realizando sus aportes al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por otro lado, la apoderada de la parte demandada AFP PORVENIR S.A., interpone recurso de apelación argumentando que la declaración de ineficacia de traslado de régimen pensional no está llamada a prosperar, ya que la AFP, brindó la información de acuerdo como se lo exigía la ley en ese momento, y que no puede atribuírsele a la AFP., la falta de comprensión de la parte demandante ya



que con su firma dejó sentado que comprendió toda la información que recibió en ese momento.

En cuanto a los aportes, rendimientos, frutos, intereses y cuota de administración, establece que no es dable devolver unos dineros con unos rendimientos financieros incluido la cuota de administración, toda vez que para generar los intereses tuvo que haber una cuota de administración a favor de PORVENIR; manifiesta que si lo que trae consigo la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen es devolver las cosas al estado inicial, en el estado inicial los dineros no habían generado intereses y en el régimen de prima media no generan rendimiento alguno, por lo que considera que PORVENIR S.A., no tiene obligación de devolverlos.

ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Surtido lo anterior, mediante providencia del 10 de febrero de 202, se avocó el conocimiento del presente proceso, el cual le correspondió por reparto a este Despacho, admitiéndose los recursos de apelación propuestos por las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta en cumplimiento a lo ordenado en el artículo 82 del CPT y SS, asimismo en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, mediante providencia de fecha 16 de junio de la respectiva anualidad, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones por el término de cinco (5) días, haciendo uso del mismo la parte demandante manifestando que: *“1. A partir del decreto 720 de 1994 Art. 10 y 12 es deber de las AFP, suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y no se entiende porque la AFP PORVENIR se empeña en decir que solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el decreto compilado en seguridad social 2071 de 2015, la Ley les impuso la obligación de brindar una asesoría eficiente al usuario al momento del traslado, cuando esta situación se encuentra reglamentada desde el año 1994 con el decreto que reglamentó la Ley 100 de 1993; 2. ‘No existen documentos físicos, informes, cálculos, proyecciones, beneficiarios, desventajas, boletines firmados por el Sr. FRANCISCO MENDIZA que soporten la asesoría brindada por la AFP PORVENIR’ así lo expuso la demandada al momento de contestar la petición hecha por el suscrito como apoderado del demandante y para agotar el requisito de procedimiento para acudir a la justicia ordinaria laboral y en la etapa del interrogatorio de las partes donde se evidenció que no existió tal asesoría en el momento de traslado de régimen de Colpensiones a la AFP PROVENIR, por parte de esta última; 3. La AFP PORVENIR efectuó el traslado de mi poderdante y no informo en forma clara, precisa y oportuna en que condición o expectativa de pensión se encontraba en el momento del traslado, tampoco informo cual era el mecanismo utilizado por el RAIS para liquidar pensiones, por lo que omitió su deber legal de explicar los alcances jurídicos de ese cambio, generando con esto una ineficacia del traslado por omitir su responsabilidad legal*

5



de informar; 4. El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, en armonía con el artículo 25 Ibidem, protege al trabajador de cualquier abuso por parte del empleador y/o por parte de las administradoras de pensiones, que pretenden aplicar procedimientos o normas menos favorables, por lo que el traslado de régimen pensional trajo consigo una violación flagrante al MINMO VITAL, así lo ha expresado entre otras la sentencia T-581A/11 de Julio 25, donde “en donde el mínimo vital debe ser evaluado desde un punto de vista de las satisfacción de las necesidades mínimas del individuo...haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo” y la sentencia T-199 de 2016 que expuso: “(i) Se trata de acceso básico de condiciones dignas de existencia para el desarrollo del individuo, (ii) que depende de su situación particular y (iii) es un concepto indeterminado cuya concreción depende de las circunstancias particulares de cada caso, por lo que requiere un análisis caso por caso y cualitativo...”, de igual manera, la parte demandada la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., manifestó: “En primera medida, debe valorarse que la afiliación del actor a la AFP PORVENIR S.A., se realizó en virtud de la manifestación de la voluntad libre y espontánea, no debe perderse de vista que PORVENIR S.A. considera que es improcedente la ineficacia o nulidad del acto jurídico del traslado efectuado a través de la AFP porvenir solicitada por el actor, por cuanto no existe vicio en el consentimiento expresado por el mismo en el acto de surgimiento del acto jurídico de la afiliación al RAIS, pues, por el contrario, están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizada por la demandante.2. Conviene precisar que FRANCISCO MENDOZA ORTIZ ingresó al RAIS a través de la AFP PORVENIR mediante formulario de afiliación suscrito el 24 de Abril del año 2000.3. El Actor ha permanecido en el RAIS por más de 19 años, por lo que la realidad de lo plasmado en el formulario y las acciones desplegadas por el actor, tales como solicitud de traslado, pago de aportes, solicitud de información, actualización de historia laboral, no ofrece duda de su deseo de seguir perteneciendo al RAIS y pensionarse en dicho régimen.4. Por otro lado, es imposible que el demandante se traslade de régimen dado a que a la fecha se encuentra inmersión la prohibición de que trata el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consiste en que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.5. Es importante exponer que para la fecha de traslado de régimen, las administradoras no tenían ninguna obligación diferente a brindar toda la información necesaria, de manera completa, tal y como aconteció y atender las inquietudes que los potenciales afiliados pudiesen tener, pero de ninguna manera mantener constancia escrita de las asesorías ni mucho menos proyecciones, lo cual se establece por la Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto No. 2015123910-002 de 29 diciembre de 2015.6. Conforme lo anterior, debe advertirse que no obstante el deber de asesoría, sólo hasta la expedición de la ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 es claro el deber legal de las administradoras de “poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado”, por lo que en vigencia de Instituto de Seguros Sociales los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones, las asesorías podían no



contener la ilustración correspondiente a la favorabilidad en cuanto al monto de la pensión..” y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones manifestó: “Traído a nuestro caso específico de traslado de régimen pensional, 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. A l respecto la CSJ en sentencia SL 1421-2019, señaló respecto a la ineficacia que “existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información afecte los intereses del afiliado en procura de reivindicar su derecho o el acceso al mismo; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de fondos de pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, (...)”. Entonces, la ineficacia regula la legalidad del acto de la vinculación y sus efectos hacia el futuro una vez sea declarada, concepto que por su naturaleza no es equiparable con la definición y efectos jurídicos que produciría la declaratoria de nulidad, traducida simplemente en que el vínculo jurídico nunca nació a la vida jurídica como lo pretende la parte demandante. considera esta defensa judicial que las pretensiones esbozadas en el escrito de demanda no se encuentran llamadas a prosperar por cuanto lo que se discute de manera principal en el proceso de la referencia es la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, realizado por la parte demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; traslado que según las pruebas que obran en el expediente no fue impugnado en su momento y que fue convalidado de manera libre y voluntaria por la parte actora al efectuar cotizaciones durante años. Lo anterior, de conformidad a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 artículo 13 literal B, mencionado en precedencia. Se a del caso indicar, que es la misma parte demandante quien en el escrito de demanda, manifiesta haberse trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – R.P.M.D. al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad- R.A.I.S.-, con posterioridad al año 1994. Así mismo, se destaca en el caso que nos ocupa que, en relación a dicho traslado, no existe dentro del expediente, material probatorio que haga inferir que el mismo estuvo viciado en forma alguna, razón por la cual se presume que aquél se efectuó contándose desde un principio, con la decisión libre y voluntaria por parte del demandante, señor FRANCISCOMENDOZAORTIZ tal como, lo exige la Ley 100 de 1993 en su artículo 13 literal B. De la misma manera, se puede observar en el presente proceso, que además de que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, el demandante siempre manifestó su voluntad de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad R.A.I.S, pues, a dicha conclusión se puede arribar con posterioridad a la revisión de las documentales obrantes en el expediente que hacen constar que una vez diligenciado el respectivo formulario de afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones la parte demandante procedió a materializar y efectuar aportes al Sistema General de Pensiones en cumplimiento de lo dispuesto por parte de la Ley 100 de 1993 en su artículo 13 Literal D. Dentro del expediente, también se encuentra acreditado que la parte actora optó de



manera uniforme y constante, efectuar cotizaciones ante la A.F.P. PORVENIR .S.A. hasta el año 2018.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero recordar que en virtud del principio de consonancia estatuido en el art. 66 A del CPTSS, la competencia de esta Corporación está enmarcada por las inconformidades presentadas por el recurrente, al arribar el conocimiento del asunto en razón al recurso de apelación formulado por la parte demandada.

MARCO JURÍDICO. -

El artículo 13, 36 de la ley 100 de 1993, sentencias C-789 de 2002, C-10-24 de 2004 y SU-062 de 2010 de la Corte Constitucional, sentencia del 3 de septiembre de 2014, Rad. 46.292, del 9 de septiembre de 2008, rad. 31.989 de la C.S.J. S.C.L., artículo 167 del C.G.P., entre otros.

EL PROBLEMA JURIDICO

Consiste en el sub judice en determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante, el señor FRANCISCO MENDOZA ORTIZ, y como consecuencia el traslado de los dineros que se encuentran en su cuenta individual que tiene en la entidad administradora del RAIS., a Colpensiones.

EL CASO CONCRETO:

De las pruebas arrojadas al plenario, se evidencia que es un hecho probado que el actor estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el ISS, hoy Colpensiones; que en el mes de junio del año 2002 el actor se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP PORVENIR S.A., aduciendo el actor que ésta no le informó sobre las ventajas y desventajas que traía consigo el cambio de régimen por lo que solicita nuevamente traslado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el cual fue negado por contar el actor con menos de 10 años para pensionarse.

Establecidas las anteriores premisas fácticas, procede la Sala a determinar si se requiere una expectativa pensional para que se configure la ineficacia del traslado.



la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL1452/19, al indicar: *“La Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual no hubo ninguna omisión por parte del fondo de pensiones accionado, puesto que la demandante no contaba con una expectativa pensional en atención al número de semanas cotizadas. Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.*

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.”

En ese orden de ideas, el hecho de que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o si está próximo o no a pensionarse, esto es que le faltaren menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad para cumplir el requisito pensional, nada obsta para que se estudie si el fondo de pensiones incumplió con sus deberes de información, asesoría y consejo.

Ahora bien, encuentra la Sala necesario referente al traslado de regímenes, dilucidar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia de traslado de régimen pensional, así las cosas, se tiene que, en cualquiera de sus modalidades (absoluta y relativa), la *nulidad* es una sanción que impide que el acto jurídico produzca efectos desde el momento de su formación, por faltarle alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes (artículo 1740 del Código Civil). En este evento, el acto existe, pero está viciado por falta de alguno o algunos de los elementos de validez y la *ineficacia* en sentido estricto supone un acto jurídico existente y válido, pero que no produce sus efectos finales o queda privado de ellos por expresa disposición del legislador. La Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que *“«la ineficacia en sentido propio o restringido, consiste en la alteración de los resultados finales de la figura [...] sin afectar su validez».*” Es decir que, a falta de uno de los requisitos estructurales dentro del negocio jurídico, que en este caso es el traslado de



régimen pensional, se tendría la falta de información o información necesaria sobre las ventajas o desventajas, como uno de éstos, razón por la cual, nos encontramos frente a la mencionada figura.

DEL DEBER DE INFORMACION A CARGO DE LAS AFP

Al tenor del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 la afiliación a un régimen pensional es libre y voluntaria; en tal perspectiva según se ha advertido en recientes pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es imperativo para el Juez ante la existencia del traslado, dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada, máxime si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión en tal sentido.

Desde luego, la afiliación libre y voluntaria implica que se conozca la incidencia de la misma en los derechos prestacionales, la entrega de la información completa y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que le fuera más beneficiosa, pues lo contrario acarrea la ineficacia del tránsito, según lo adocrinó la CSJ en sentencia SL12136-2014.

En ese mismo sentido, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, en el numeral 1.º del artículo 97, estableció la obligación de las entidades de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*».

Lo anterior implica, la obligación de las AFP de dar a conocer a los usuarios las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal manera el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; esto conlleva una comparación entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Posteriormente, las diversas normativas fueron ampliando los deberes de las AFP sobre el particular, así el deber de información, asesoría y buen consejo, desarrollado en el artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y la ley 1748 de 2014, artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa n. 016 de 2016, contemplando además la doble asesoría, que lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.



DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Así las cosas, corresponde a la Sala constatar si el demandante fue debidamente informado sobre las consecuencias del traslado del régimen y como quiera que la parte activa indicó en el libelo introductorio que durante la suscripción de la afiliación no le brindaron información sobre las ventajas o desventajas del mismo o permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad, manifestando que el traslado efectuado, es el resultado de un engaño por parte de los asesores de las entidades que administran el RAIS, pues bajo una información errada, nunca le le advirtieron sobre los riesgos que existían en caso de trasladarse al RAIS, que la AFP no le informó en el momento del traslado la condición de su historial laboral, en síntesis al momento de vincularlo, no le dieron a conocer las implicaciones y consecuencias reales de ese traslado frente a las condiciones que exterioriza el RPM, lo que implica el traslado de la carga de la prueba a la entidad encargada de la administración del Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, para demostrar así el cumplimiento de los deberes de información completa, veraz y oportuna al fondo de pensiones, siendo de recibo los argumentos del Juzgador de primera instancia en lo que atañe a que no se probó por parte de la demandada, la AFP PORVENIR S.A., que suministró al actor una información veraz, expresa y oportuna al momento de realizar la afiliación, aportando en los anexos de su contestación de demanda solicitud de vinculación al fondo pensiones (ver folio 126), consulta de viabilidad expedida por Asofondos, (folios 127 - 129), resumen de historia laboral expedida por la oficina de bonos pensionales (ver folios 130 al 136), relación histórica de movimientos (ver folios 137 a 150), relación aportes (ver folios 151 al 159), informe respecto a la fecha de vinculación (folio 160), certificación de fecha 9 de septiembre de 2019 (folio 161), comunicaciones de fechas 7 y 28 de septiembre de 2019 dirigidas al actor (ver folios 162 al 167), pues debía verificarse si se acreditó el deber de información, en tal sentido se pronunció la CSJ en sentencia SL1452/19: *Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. (...)*



En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Teniendo en cuenta lo anterior y las pruebas aportadas por la demandada la AFP PORVENIR, en su contestación de demanda, mencionadas con anterioridad, se torna en ese sentido ineficaz el traslado realizado, dado el incumplimiento de la carga probatoria que le correspondía., de conformidad con el artículo 167 del C.G.P.

En armonía con lo expresado, el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad no produce efectos, lo que apareja como consecuencia el regreso del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, hoy administrado por COLPENSIONES, resultando desacertados los reparos endilgados a la sentencia por las demandas.

Por lo anteriormente expuesto, como no se cumplió con los requisitos necesarios para que se logre el debido traslado entre el RPM y el RAIS, este cambio de régimen se torna ineficaz. Al respecto, la Sala de Casación Laboral del CSJ en sentencia SL3464 de 2019, menciona que: *“La Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este 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.*

(...)

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018)”. (Subraya la Sala)

En este sentido, se tiene que la demandada, la AFP PORVENIR S.A., no brindó la información necesaria a al actor, para que lograra elegir libremente el fondo de pensiones que más les hubiese convenido, por lo tanto, se torna ineficaz su



traslado, como ya se dijo y, en consecuencia, el negocio jurídico, que en este caso es el traslado de régimen, nunca nació a la vida jurídica.

Por otro lado, en atención al grado jurisdiccional de consulta que por el ministerio de la ley, se estudia por resultar adversa una sentencia a una entidad descentralizada respecto de la cual la Nación es garante, en el caso de autos, la demandada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, resalta la Sala que, sobre las consecuencias que acarrea la ineficacia del traslado entre regímenes la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3436, de 14 de agosto de 2019 expresa que: *“declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver 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).*

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”.

Es decir, la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, conlleva a que la demandada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., traslade de manera automática el valor de las cotizaciones efectuadas en el fondo de ahorro individual con sus rendimientos financieros causados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y los valores recibidos por ella como cuotas de administración y comisiones.



En ese orden se confirmará la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, por encontrarse ajustada a derecho.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A, por no prosperar el recurso de alzada.

Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, por atender el grado jurisdiccional de consulta.

Por lo expuesto, la SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A, por no prosperar el recurso de alzada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, por atender el grado jurisdiccional de consulta.

Cópiese, Notifíquese y Publíquese y de no interponerse recurso de casación, devuélvase en su oportunidad al juzgado de origen. Se deja constancia que la sentencia fue estudiada, discutida y aprobada en Sala virtual.

CESAR RAFAEL MARCUCCI DIAZGRANADOS

Magistrado Ponente

Rad: 67.498-A



FABIAN GIOVANNY GONZALEZ DAZA

Magistrado

MARÍA OLGA HENAO DELGADO

Magistrada