

**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: 20001-31-05-003-2021-00249-01
DEMANDANTE: JULIA FRANCISCA MOSQUERA ARMENTA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO
DECISIÓN: MODIFICA Y ADICIONA LA SENTENCIA

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

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JULIA FRANCISCA MOSQUERA ARMENTA** 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 *nulidad* del traslado de Régimen pensional que efectuó Julia Francisca Mosquera Armenta 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 la totalidad de lo ahorrado por la afiliada en su cuenta de ahorro individual, bonos pensionales, los rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas con motivo de esa afiliación; además, que se exonere a la demandante de restituir lo pagado por concepto de devolución de saldos, por haber recibido tales dineros de buena fe.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2021-00249-01
DEMANDANTE: JULIA FRANCISCA MOSQUERA ARMENTA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO

Como sustento factico de esas pretensiones aseguró que el 1° de diciembre de 2000 se trasladó del RPM al RAIS administrado por BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir SA y que esta entidad no le brindó información clara, suficiente, comprensible, cierta, ni completa, que le permitiera tomar una decisión libre y consciente acerca de los beneficios y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, así como las prestaciones que obtendría en cada uno y las implicaciones sobre sus derechos prestacionales, ni le informó que perdería el régimen de transición.

Relató que en el año 2009 solicitó su pensión a Porvenir SA, entidad que mediante oficio del 31 de enero de 2011 la negó, ya que *«no contaba con el ahorro suficiente en su cuenta de ahorro individual para obtener la pensión de vejez, tampoco con el número de semanas de cotización que le permitiera acceder al reconocimiento y pago de la pensión mínima»*. Advirtió que ante dicha respuesta, en el año 2011 le fue ofrecida la devolución de saldos existentes en su cuenta de ahorro individual, a la cual accedió de buena fe, recibiendo por ese concepto una consignación por valor de \$56.000.000 por parte de la gestora.

Añadió que el 11 de mayo de 2021 solicitó a Porvenir SA y a Colpensiones, respectivamente, la ineficacia del traslado, petición que fueron despachada desfavorablemente por la primera, aduciendo que la afiliada había recibido toda la información de su afiliación y ya había sido aprobada la devolución de saldos; mientras que la segunda no dio respuesta.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 23 de noviembre de 2021, y una vez notificado ese proveído a las demandadas, procedieron a dar respuesta dentro del término legal para hacerlo, como sigue:

3.1. Colpensiones: En cuanto a los hechos, aceptó como cierta la fecha de nacimiento de la actora y dijo no constarle los restantes, por tratarse de apreciaciones subjetivas de la demandante y situaciones ajenas a la entidad. Se opuso a las pretensiones arguyendo que para la época en que se llevó a cabo el traslado de régimen de la actora los fondos de pensiones únicamente contaban con el consentimiento vertido en el

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2021-00249-01
DEMANDANTE: JULIA FRANCISCA MOSQUERA ARMENTA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO

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. Agregó que para acceder a la pretensión se requeriría un nuevo traslado, el cual es jurídicamente improcedente, a la luz del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

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

3.2. Porvenir SA: Admitió la afiliación de la demandante a esa gestora, a través de la AFP Horizonte, indicó que era cierto que recibió la petición de reconocimiento de la pensión, que la negó y ofreció la devolución de saldos, y que esta fue aceptada y pagada; también admitió lo relativo a la solicitud de traslado al RPM, y su respuesta negativa. Se resistió a las pretensiones arguyendo que el acto de traslado al RAIS se dio después de haber recibido asesoría sobre las implicaciones de su decisión, funcionamiento del RAIS y condiciones pensionales, tal como se observa en el formulario de vinculación correspondiente, documento público que debe presumirse auténtico. Agregó que la permanencia 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 o solicitó su retorno al RPM, teniendo amplios periodos de tiempo para hacerlo.

Agregó que, de acceder a la pretensión de traslado de aportes, debe condenarse a la parte demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, pues de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin causa.

En su defensa, propuso las excepciones perentorias que denominó «*Prescripción*», «*Actos de relacionamiento desplegados por el demandante durante su vinculación al RAIS*», «*Buena fe*», «*Inexistencia de la obligación*» y «*Compensación*».

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2021-00249-01
DEMANDANTE: JULIA FRANCISCA MOSQUERA ARMENTA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO

4. SENTENCIA APELADA

Concluyó el trámite de primera instancia mediante sentencia de fecha 26 de septiembre de 2022, 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 indexado [...]*»; declaró no probadas las excepciones que fueron invocadas por las demandadas 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 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.

Una vez dictada la providencia, la vocera judicial de la demandante solicitó su adición, en sentido que, como a la actora ya le fue pagada la devolución de saldos correspondiente, no hay dineros disponibles en su cuenta de ahorro individual, por lo que debía complementarse la sentencia indicando que esos dineros debe pagarlos Porvenir como si hubieran permanecido en ese fondo.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2021-00249-01
DEMANDANTE: JULIA FRANCISCA MOSQUERA ARMENTA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO

El juzgador resolvió en forma negativa la solicitud de adición, esgrimiendo que no se incluyó esa pretensión en la fijación del litigio y que aquella era la oportunidad correspondiente para solicitar la adición de ese auto, para así obtener pronunciamiento sobre esa circunstancia.

Expuso que, en todo caso, no le asiste razón a la demandante, en vista que acceder a su petición comportaría un enriquecimiento sin justa causa en favor de la señora Mosquera Armenta. Agregó que, si bien se está obligando a Porvenir a regresar los dineros que recaudó durante la vigencia de su afiliación, no es menos cierto que la demandada es quien debe realizar los cobros que considere pertinentes frente a la actora, para así recibir en sus arcas los dineros que en alguna oportunidad le regresó a la demandante.

5. 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:

5.1. Demandante: Solicitó que se *revoque* parcialmente la sentencia, deprecando que se haga referencia a la devolución de saldos recibidas por su cliente de buena fe y, en su lugar, que esa suma sea atribuida a la AFP Porvenir como saldos que deba enviar a Colpensiones, en virtud de la *nulidad* decretada.

5.2. Porvenir: Dijo que el juzgador de primera instancia desconoció las restituciones mutuas a que hay lugar, en el entendido que Porvenir realizó la devolución de unos saldos y conforme a ello, en este momento no hay aportes que devolverle a la entidad Colpensiones, para que esta pueda garantizar una prestación a la demandante. En ese sentido, expuso que como la propia demandante manifestó que no ha vuelto a cotizar al sistema, por lo que no hay aportes que Porvenir esté administrando y que sean susceptibles de devolver.

También expresó inconformidad frente a que no se haya autorizado a Porvenir para descontar los valores que correspondan al porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual realizada al sistema de general de pensiones por concepto de los gastos de administración, durante el

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2021-00249-01
DEMANDANTE: JULIA FRANCISCA MOSQUERA ARMENTA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO

periodo en que la afiliada estuvo vinculada a esa administradora, como tampoco se le ordenó a la demandante que pagara el valor correspondiente al costo de tener una persona afiliada a la AFP y que le generaren los rendimientos que ha obtenido, por lo que, a juicio de la recurrente, se ha desconocido las expensas en que tuvo que incurrir esa administradora para aumentar el capital que le fue devuelto, y que se encontraba en la cuenta de ahorros de la demandante.

Agregó que, al ordenar la devolución de esos rendimientos se configura un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones, pues recibirá unos valores incrementados en un porcentaje de rentabilidad que no se encuentra probado dentro del proceso, como tampoco de la equivalencia de los rendimientos ofrecidos por Colpensiones frente a los que ofrecería el RAIS, como para que la gestora pública se haga al derecho de recibirlos en la misma proporción.

Finalmente, reprochó la condena en costas teniendo en cuenta que para dirimir la controversia se hacía necesario discutirlo ante la jurisdicción ordinaria, debido a que no podía resolver Porvenir sobre ello por vía administrativa.

5.3. 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.

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2021-00249-01
DEMANDANTE: JULIA FRANCISCA MOSQUERA ARMENTA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO

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 Julia Francisca Mosquera Armenta al RAIS. En caso afirmativo, si por virtud de la devolución de saldos que realizó Porvenir previamente a la demandante, debió ser exonerada la AFP de la orden de restitución de esas sumas a Colpensiones o si, tal como lo adujo la actora, al haber recibido dichos dineros de buena fe la gestora conserva la obligación de traslado de dichas sumas al régimen público.

De igual forma, si por virtud de la teoría de las restituciones mutuas debió ordenarse a la demandante que pagara a la AFP el valor correspondiente a los rendimientos y cuotas de administración derivados de su afiliación a esa entidad.

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

2. TESIS DE LA SALA

La respuesta que se dará al 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 a la afiliada 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 vinculada.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2021-00249-01
DEMANDANTE: JULIA FRANCISCA MOSQUERA ARMENTA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO

De igual forma, no se acogerá el argumento de Porvenir, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia ha prohijado que, precisamente, es el mecanismo de las *restituciones mutuas* a que se refiere el artículo 1746 del Código Civil el que obliga a la devolución de las comisiones y demás conceptos cobrados por el administrador del fondo, en la medida en que tal declaratoria conlleva que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Sin embargo, habrá adicionarse la decisión para negar la pretensión de exoneración de restitución de lo recibido por la demandante a título de devolución de saldos y, de contera, se habilitará a Porvenir para que descuenta de lo que está obligada a trasladar la suma que pagó a la actora por ese concepto.

Finalmente, no se avalará la variación de la decisión frente a la imposición de costas, debido a que dicha condena se sustenta en criterios legales y objetivos, sin que pueda acudirse a postulados de buena fe para su exoneración.

3. DESARROLLO DE LA TESIS

3.1. Validez del traslado efectuado entre regímenes pensionales

La ley 100 de 1993, estableció en Colombia un modelo dual en el sistema general de pensiones, donde coexisten dos regímenes, el primero, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS–, administrado por los fondos privados de Pensiones, y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD– administrado por el antes Instituto de los Seguros Sociales, liquidado en el 2012, lo asumió la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, amén de los regímenes especiales para las fuerzas militares, la policía y el magisterio.

Por su parte, el artículo 13 de la ley 100 del 1993 establece la libertad de escogencia de régimen pensional, así como los presupuestos básicos para la procedencia de traslado entre los regímenes, imponiendo que la selección de cualquiera de ellos debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado; a su vez, el artículo 271 *ibidem* señala que, si se atenta contra el derecho a la libre afiliación, ésta quedará sin efecto y el artículo 272 de la misma ley prevé que la actuación que menoscabe la libertad, dignidad

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2021-00249-01
DEMANDANTE: JULIA FRANCISCA MOSQUERA ARMENTA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO

humana o derechos de los trabajadores perderá toda consecuencia jurídica.

La Corte Suprema de Justicia, a través de proveído CSJ SL16882019, en desarrollo de los mandatos de esos artículos, planteó algunos requisitos y reglas que deben cumplirse para dotar de eficacia el traslado de régimen pensional, concluyendo que: (i) desde su creación, las AFP son 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.

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.

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,

¹ CSJ SL2208-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2021-00249-01
DEMANDANTE: JULIA FRANCISCA MOSQUERA ARMENTA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO

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.

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 la accionante no se deriva una confesión del hecho discutido, pues ratificó que no recibió asesoría alguna, descripción de las características del régimen o de las desventajas de su vinculación.

Del mismo modo, se advierte que ninguno de los documentos aportados al proceso acredita el cumplimiento del deber de información en cabeza de la gestora, sin que sea posible darlo por demostrado con el formulario de la afiliación invocado por Protección SA, toda vez que no basta para ello la afirmación que allí se consigna, en cuanto a que la vinculación se hace de manera libre y voluntaria, tal como lo ha explicado copiosamente la jurisprudencia en providencias como la CSJ SL1688-2019.

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 actora frente al acto jurídico del traslado de régimen.

² CSJ SL1688 de 2019

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2021-00249-01
DEMANDANTE: JULIA FRANCISCA MOSQUERA ARMENTA
DEMANDADO: PORVENIR 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 afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado³.

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

3.2. Efectos de la declaratoria de ineficacia

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

Tal declaratoria conlleva privar de todo efecto jurídico práctico al traslado que realizó 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

³ CSJ SL5688-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2021-00249-01
DEMANDANTE: JULIA FRANCISCA MOSQUERA ARMENTA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO

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, la vocera judicial de la AFP reprochó que se haya ordenado el juzgador de primera instancia desatendió la teoría de las *restituciones mutuas*, pasando por alto que la gestora ya realizó una devolución de saldos en favor de la actora y, en virtud de ello, no dispone de aportes a nombre de la señora Mosquera Armenta que pueda trasladar Colpensiones. Agregó que, por los efectos de la ineficacia, debió autorizarse a Porvenir para descontar los gastos de administración y rendimientos causados en favor de la gestora, acusando, igualmente, que la orden de entrega de esos dineros a Colpensiones constituye un enriquecimiento sin justa causa.

De su orilla, la parte demandante presentó el recurso de alzada solicitando que se declare que la devolución de saldos pagada por la AFP Porvenir en su favor fue recibida de buena fe y, por tanto, la suma correspondiente debe incluirse en los saldos a trasladar por parte de la gestora del RAIS a Colpensiones.

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

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2021-00249-01
DEMANDANTE: JULIA FRANCISCA MOSQUERA ARMENTA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO

Es así que, para dotar de efectos a la citada ineficacia, la jurisprudencia nacional ha acudido al artículo 1764 del Código Civil, por vía de las *restituciones mutuas* a que se refiere dicha norma⁵, previendo que ese mecanismo es el que obliga a la devolución de gastos de administración y demás conceptos cobrados por el administrador del fondo, en la medida en que tal declaratoria comporta que el administrador del RPM reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

De igual forma, en la providencia CSJ SL2877-2020, el órgano de cierre consideró que sin desconocer las reglas sobre las restituciones que generan las nulidades de un negocio jurídico, lo trascendente para la figura de la ineficacia *«[...] es 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, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado»*.

Por tanto, la devolución que se realiza, como consecuencia de la ineficacia, es de los recursos acumulados en la cuenta individual del afiliado de forma plena y retroactiva a Colpensiones, incluyendo *«[...] los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima*, por lo que no hay motivo para modificar la sentencia frente a estos últimos conceptos, solución que, lejos de constituir un enriquecimiento sin justa causa, salvaguarda del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

No ocurre lo mismo, en este caso particular, frente al capital ahorrado y los rendimientos que fueron entregados a la demandante de parte de Porvenir, a título de devolución de saldos, por valor de \$65.000.000, hecho que fue aceptado por las partes en la demanda y la contestación, bajo el entendido de que es la afiliada quien está obligada a la restitución al sistema de lo recibido por ese concepto.

Al respecto, debe traerse a colación que en los casos en que se constata que el traslado de régimen pensional es ineficaz, pero al afiliado ya se le ha cancelado la devolución de saldos, lo procedente es que este retorne el dinero

⁵ CSJ SL5174-2021

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2021-00249-01
DEMANDANTE: JULIA FRANCISCA MOSQUERA ARMENTA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO

a modo de compensación o restitución, en la medida en que la devolución de saldos resulta un sucedáneo de la prestación principal que el sistema ofrece como un verdadero mecanismo para cubrir la contingencia de vejez, como lo es la pensión, de modo que, en rigor, el hecho de ser beneficiario de esa prestación alternativa no puede equipararse jurídicamente con la condición de pensionado.

En esa medida, ante la certeza de que el traslado se hizo soslayando las exigencias de que la decisión fuera libre, voluntaria e informada, como se explicó previamente, no es irrazonable retrotraer las cosas al estado en el que se hallaban, pues basta con disponer con que el beneficiario retorne lo percibido por aquel rubro, a modo de compensación o restitución.

Así lo explicó con amplitud la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL3464-2019:

3. ¿La vuelta al statu quo ante obliga a retornar la devolución de saldos?

La ineficacia del traslado por inobservancia del deber de información puede plantear situaciones muy peculiares, con variables inexistentes en otros precedentes, que, en esa medida, invitan a la reflexión judicial. Por tanto, el cómo volver en justicia al «statu quo ante» no resiste reglas absolutas o interpretaciones lineales, desprovistas de un análisis particular y concreto.

Tal es el caso de autos, en el cual se plantea una variable nueva: el demandante recibió la devolución de saldos. Ante este hecho, para la Corte la solución adoptada por el Tribunal no es equivocada, por las razones que se exponen a continuación:

Si bien la jurisprudencia ha defendido que no hay lugar a la restitución de los dineros recibidos de buena fe, ello ha estado referido a prestaciones periódicas, tales como las pensiones (CSJ SL 26279, 25 oct., 2005; CSJ SL 31989, 9 sep. 2008; CSJ SL 55500, 10 abr. 2013; CSJ SL703-2013; CSJ SL7107-2015; CSJ SL4489-2018; CSJ SL232-2019)

En contraste, respecto a la devolución de los saldos o de las cotizaciones, esta Sala ha dicho que, de ordenarse el reconocimiento del derecho principal -la pensión-, procede su compensación o restitución, pues estos recursos son el soporte financiero de la prestación pensional. En efecto, en sentencia CSJ SL3186-2015, reiterada en CSJ SL6558-2017, la Sala adoctrinó:

Es evidente que el sistema de seguridad social en pensiones, de carácter contributivo, instituido por la Ley 100 de 1993, tiene como sustento que el afiliado cumpla con una densidad de cotizaciones que son las que le garantizan el acceso a la protección de las contingencias de vejez, invalidez y muerte.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2021-00249-01
DEMANDANTE: JULIA FRANCISCA MOSQUERA ARMENTA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO

Ese capital destinado a la financiación de las prestaciones, en el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad, en el caso de la devolución de saldos, debe entenderse hecho a título provisional, hasta que se defina si se tiene o no derecho a la pensión, caso último en el cual lo que procede es la restitución para que se financie.

Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

En tal orden, es indispensable la recuperación de los valores entregados a los afiliados o beneficiarios por concepto de devolución de saldos o indemnización sustitutiva, en la medida que estos recursos son el soporte financiero de la pensión. Esta es la razón por la que la pensión y la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva son prestaciones incompatibles, pues la percepción de la primera se nutre de las cotizaciones base de liquidación de las segundas.

De admitirse lo contrario, el afiliado, en contravía de los fines solidarios de la seguridad social, podría percibir dos prestaciones por cuenta de un mismo riesgo: la vejez. O dicho de otro modo, contabilizar dos veces las mismas cotizaciones para obtener un doble beneficio del sistema.

Ahora bien, en cuanto a la improcedencia de la compensación, defendida por el recurrente bajo el argumento de que Colpensiones y el demandante no son deudores recíprocos, la Sala no suscribe este planteo. Ello, en la medida que el carácter de deudor del demandante debe apreciarse desde el prisma del sistema, es decir, ante los ojos del sistema general de pensiones él es deudor de los recursos con los cuales se va a financiar su pensión, al margen de la entidad que los administra.

Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2021-00249-01
DEMANDANTE: JULIA FRANCISCA MOSQUERA ARMENTA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO

con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

Teniendo en cuenta estos argumentos, para la Sala, la actuación del Tribunal de autorizar a la entidad de seguridad social pagadora de la pensión para deducir de las mesadas pensionales, indexación e intereses, los valores entregados al demandante por devolución de saldos, es pertinente, pues de esta forma se garantiza el recaudo eficaz de los recursos del sistema y se permite el reconocimiento de la prestación con su debido soporte financiero.

(...)

Teniendo en cuenta estos argumentos, para la Sala, la actuación del Tribunal de autorizar a la entidad de seguridad social pagadora de la pensión para deducir de las mesadas pensionales, indexación e intereses, los valores entregados al demandante por devolución de saldos, es pertinente, pues de esta forma se garantiza el recaudo eficaz de los recursos del sistema y se permite el reconocimiento de la prestación con su debido soporte financiero.

Atendiendo esas previsiones, se concluye que no tiene asidero jurídico la solicitud que elevó la demandante en su recurso y, por el contrario, la razón acompaña parcialmente al reproche de Porvenir SA, puesto que, como viene de explicarse, en los casos en los que se constata que el traslado del régimen pensional es ineficaz, y se ha entregado al demandante la devolución de saldos, como sucedió en este caso, lo procedente es que este los retorne⁶, lo que puede lograr la administradora del RPM descontando el valor correspondiente del eventual derecho pensional que se le llegare a reconocer dentro de ese régimen.

En consecuencia, como dicha pretensión no fue objeto de pronunciamiento en la primera instancia y se solicitó su adición a través del recurso de apelación, en virtud del artículo 287 del CGP, se adicionará la decisión de primer grado, en sentido de negar la pretensión de exoneración a la demandante de restituir lo pagado por concepto de devolución de saldos. De igual forma, siguiendo esa cuerda, se torna imperioso modificar la determinación de primer nivel, para permitir a Porvenir descontar de lo que debe trasladar a Colpensiones la suma que ya pagó a título de devolución de saldos; al tiempo que se debe adicionar

⁶ CSJ SL3343-2022

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2021-00249-01
DEMANDANTE: JULIA FRANCISCA MOSQUERA ARMENTA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO

3.4. Conclusiones

En relación con los medios exceptivos propuestos, debe recordarse que tratándose de la pretensión encaminada a obtener la ineficacia del traslado de régimen pensional y sus efectos los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS sobre prescripción trienal no aplican, pues aquellas ostentan un carácter declarativo y se relacionan con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible.

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

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

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, se modificará y adicionará la decisión en los términos antes expuestos, y se confirmará en los puntos restantes.

Sin costas en esta instancia, por no verificarse causadas.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal PRIMERO de la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, en sentido de que la condena impuesta a Porvenir SA, de trasladar y devolver las sumas allí descritas, la primera podrá descontar la cantidad de \$65.000.000, entregados a la demandante de la devolución de saldos.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-003-2021-00249-01
DEMANDANTE: JULIA FRANCISCA MOSQUERA ARMENTA
DEMANDADO: PORVENIR Y OTRO

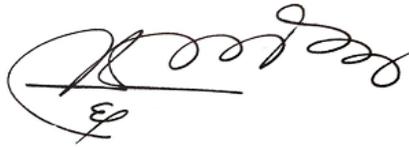
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primer grado, en sentido de negar la pretensión de exoneración de restitución de lo recibido por la demandante a título de devolución de saldos.

CUARTO: Confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia.

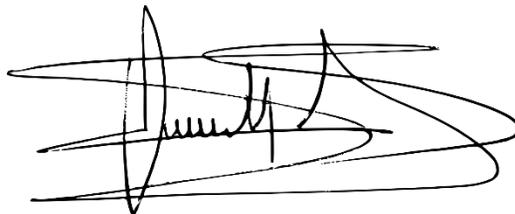
QUINTO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado Ponente



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado