

**República de Colombia
Departamento de Santander**



**Tribunal Superior del Distrito Judicial
San Gil
Sala Civil Familia Laboral**

**REF: PROCESO ORDINARIO LABORAL
propuesto por DARÍO GALVIS AVE contra
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

RAD: 68-679-3105-001-2021-00013-01

En Apelación de Sentencia.

PROCEDENCIA: Juzgado Laboral del Circuito de San
Gil

(Esta providencia se emite dando cumplimiento a las disposiciones del
Acuerdo PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022)

M.S. Javier González Serrano

San Gil, veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Se resuelve el **Recurso de Apelación** que se interpusiera por los apoderados de los demandados Porvenir S.A. y Colpensiones, en el proceso ordinario laboral adelantado por Darío Galvis Ave, contra la Sentencia del veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022), proferida por Juzgado Laboral del Circuito de San Gil.

Antecedes

1º. Darío Galvis Ave, cita a proceso Ordinario Laboral a las administradoras del Fondo de pensiones, Porvenir S.A., y Colpensiones, pretendiendo que se declare la nulidad del traslado y afiliación al régimen de prima media administrado por Colpensiones al de ahorro individual administrado por el Fondo Porvenir S.A. de fecha 1 de abril de 2000. En consecuencia se ordene a Porvenir S.A., devolver al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, administrado hoy por Colpensiones todos los valores que, por concepto de bonos pensionales y cotizaciones, que, hubiera recibido con motivo de la afiliación y/o traslado del demandante, a esa entidad, desde la fecha en que se produjo el traslado ineficaz y hasta que se produzca el reintegro efectivo; consecuentemente se ordene a Colpensiones a aceptar el traslado y recibir todas las sumas anteriores, debiendo esta entidad decretar y pagar la pensión al demandante, en el monto determinado por la ley, desde su causación esto es, desde el 19 de diciembre de 2016, junto con el retroactivo, intereses de mora, debidamente indexados; se

condene en costas y agencias de derecho; y se condene *extra y ultra petita*.

Los supuestos fácticos pertinentes para resolver el recurso de alzada se resumen así:

Que nació el 19 de diciembre de 1954; que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 2 de noviembre de 1983; que dejó de cotizar al mismo el 31 de marzo de 2000; que el 1 de abril de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual, luego de una charla dada por un asesor de Porvenir S.A, en la cual dijo que el ISS se acabaría y que con el fondo en comento podría pensionarse incluso con el 100% del sueldo y a la edad que quisiera, aunado a la mayor rentabilidad de dicho régimen; que nunca se le expusieron los riesgos que podría conllevar para su futura pensión el traslado de fondo; con posterioridad trató de regresar al ISS pero le fue imposible.

También se afirmó que el 14 de agosto de 2019, acudió a Porvenir S.A. a efectos de ser asesorado para devolverse al régimen de prima media con prestación definida, a lo cual la demandada, le informó a través de una asesora que ello no era posible; que ha cotizado al sistema general integral de seguridad social en pensiones 1934 semanas, pese a que el 19 de diciembre de 2016, Porvenir S.A. le certificó un total de

1.015 semanas cotizadas en ahorro individual y 765 en el régimen de prima media.

Que el 25 de octubre de 2019, el actor, solicitó a Porvenir S.A., información sobre la proyección pensional, perfil del asesor y las capacitaciones, estudios de proyecciones que demostraran que el RAIS era mejor que el RPM, copia del formulario de afiliación, así como de la reasesoría que conforme a la ley se le hizo al demandante, recibiendo respuesta por la demandada, donde se le indicó que a la fecha del traslado del régimen no era perentoria la entrega de proyecciones pensionales, que la asesoría se hizo de manera general y de forma verbal.

Se agregó igualmente que el 21 de mayo de 2019, se radicó solicitud de anulación de traslado indebido que se le realizó al demandante del RPM al RAIS, ante Colpensiones, siendo contestada de manera negativa el 30 de octubre de 2019; que Porvenir, le efectuó la simulación pensional para cuando cumpliera el requisito de edad, obteniendo el cálculo de una mesada pensional mensual de \$828.116.00.; que en la misma simulación realizada en el régimen de Prima Media con Prestación Definida, la mesada pensional mensual equivaldría a \$3.580.763.00., evidenciándose que en este régimen es superior; que desde el 2 de noviembre de 1983 hasta el 30 de julio de 2020 cotizó un total de 1954 semanas.

2º. Contestación de personas jurídicas demandadas:

La demandada, **Colpensiones** en lo sustancial se opuso a las pretensiones, adujo frente a los hechos que unos eran ciertos y otros que no le constan diversos hechos y a la vez propuso excepciones de mérito. Los aspectos relevantes de la posición de ellos frente a la demanda se resumen enseguida:

El sustento radicó en que el traslado efectuado por el demandante al RAIS goza de plena validez, pues se realizó en ejercicio de su derecho a la libre elección de régimen, de conformidad al artículo 13 literal B de la Ley 100 de 1993, y la afirmación de indebida y engañosa información, debe alegarse y demostrarse en el transcurso del proceso judicial.

Que no puede alegarse la ausencia absoluta de información al afiliado, cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.

En su defensa propuso varias excepciones de fondo.

La demandada, **A.F.P. Porvenir S.A.**, en la contestación de la demanda se oponen a las pretensiones, sobre los hechos arguye que unos son ciertos, algunos no le constan y otros no son ciertos, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones; arguyendo que la afiliación realizada por el demandante con Porvenir S.A. en el año 2000, se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, tal como se evidencia en la solicitud de vinculación formulario No. 01329948, aunado que se le garantizó el derecho de retracto sin que hubiera hecho uso del mismo. Que de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el demandante no es beneficiario del régimen de transición, que llama la atención el hecho que la parte actora haya estado 21 en el RAIS y de manera sorpresiva indique que no tenía conocimiento de las condiciones y beneficios del traslado del régimen; que para la fecha en la que se produjo la afiliación del demandante a Porvenir, no existía la obligación de entregar cálculos o proyecciones acerca de su futuro pensional, en consideración a que esta obligación tan solo surgió a partir de la publicación del Decreto 1748 de 2014, la cual se produjo el 26 de diciembre de 2014; alegó que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la Prima de Seguro Provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la

vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración; alegó además que no es factible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado, como quiera que no se probó que faltaba uno de los elementos esenciales de este acto jurídico, ni tampoco procede la nulidad absoluta del cambio de régimen, pues igualmente no se acreditó que para ese momento el afiliado fuera incapaz absoluto, aunado a que para la fecha de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no había ingresado al patrimonio del demandado ningún derecho pensional consolidado, que le impidiera ejercer su libre elección de cambiar de régimen.

Propuso también diversos medios exceptivos de fondo.

Sentencia de Primera Instancia

La decisión emitida por la *A Quo* declaró la ineficacia del traslado del señor Darío Galvis Ave, quien se identifica con la cédula de ciudadanía Nro. 5.621.676 realizado del Régimen de Prima Media al RAIS acaecido el 1 de abril de 2000, mediante la afiliación a Porvenir S.A.; condenó a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional; condenó a Porvenir S.A a devolver a Colpensiones, todos los saldos que estén en la cuenta del demandante, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales, junto con los rendimientos e intereses como lo

dispone el artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social; condenó a las AFP Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones todas las comisiones y gastos de administración que recibieron con ocasión de los traslados dentro del régimen RAIS del señor Darío Galvis Ave, por el tiempo que estuvo afiliado a dicha entidad, junto con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil; así como los valores utilizados en seguros previsionales y comisiones de administración; declaró que Darío Galvis Ave, es beneficiario de la pensión de vejez, causada desde el 21 de mayo de 2020, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en la cuantía que fije Colpensiones, de conformidad a lo dispuesto en la norma en cita y a razón de 13 mesadas al año; consecuentemente la misma AFP, fue condenada a reconocer y pagar a Darío Galvis Ave, el retroactivo de las mesadas pensionales causadas entre el 21 de mayo de 2020 al 31 de mayo de 2022, mesada que deberá seguir pagando al demandante desde el primero (01) de junio de 2022 sin perjuicio de los incrementos legales que se decreten; se autorizó a Colpensiones para que del retroactivo reconocido, así como de las mesadas futuras, realice los descuentos a salud, conforme lo previsto en la Ley, advirtiendo que dichos descuentos solo operan respecto de mesadas ordinarias; igualmente, fue condenada a indexar mes a mes las mesadas reconocidas a demandante, desde la fecha de su causación y hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas adeudadas;

condenándose en costas a la parte demandada y a favor de la parte demandante.

La motivación se centró sustancialmente en lo siguiente:

Que de los medios de convicción, aportados al plenario, Porvenir S.A., incumplió con el deber probatorio que le asistía, puesto que no se discute la autenticidad del formulario de afiliación a dicho fondo, a sabiendas que la discusión gravita en la omisión al deber de información clara, puntual, particular y concreta para haberse decidido el señor Galvis Ave por el cambio de régimen pensional de una manera consciente de cara al disfrute de una prestación económica futura, información que no le fue suministrada porque como lo afirma el Fondo Privado Pensional Demandado, la misma se produjo de manera general porque en su criterio el deber de información solo fue previsto con la Ley que reformó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, argumento desprovisto de seriedad y validez, toda vez que el deber de información nació desde la misma Ley 100 de 1.993, en sus artículos 13, 271 y 272.

Que no obra medio de convicción alguno que permita verificar que al demandante le fuera suministrado por Porvenir S.A. una información veraz y suficiente, en donde se le dieran a conocer las diferentes alternativas pensionales, así como los efectos y

riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sus beneficios, actuación que implicaba informarle con precisión, las incidencias que la decisión tendría con respecto a su derecho pensional, es decir, situaciones como el disfrute de la pensión, monto de la mesada, la diferencia en el pago de aportes, evidenciándose de esta manera un actuar realmente omisivo y desprovisto de buena fe por parte de la AFP demandada, pues al omitir información de tal importancia, sin duda alguna que el aquí demandante tomó una decisión sin asesoría de ninguna índole, ello deriva en la ineficacia del traslado, bajo la óptica de que el acto de afiliación no produce efectos dado que para su validez se requiere que sea una expresión de voluntad del afiliado de forma libre, consciente y voluntaria, derivada de un consentimiento suficientemente informado, y en esa medida resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado.

Respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, aclaró que Darío Galvis Ave, no es beneficiario del régimen de transición, dado que para el 1 de abril de 1994 contaba con 39 años de edad y un total de 458.68 semanas de cotización; por lo tanto la norma que rige el derecho pensional del demandante, es la establecida en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, pues era la norma vigente para el 19 de diciembre de 2016, fecha en la que Darío Galvis Ave, cumplió los 62 años de edad; norma que dispone que tendrán derecho a pensión de vejez, los hombres que

cumplen 62 años de edad y acrediten un mínimo de 1300 semanas cotizadas.

Que en la actualidad del demandante, tiene 67 años y acumula un total de 1780 semanas cotizadas tanto al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como al Régimen de Ahorro Individual, como se observa de la historia laboral consolidada concluyendo que cumple los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para tener derecho a la pensión de vejez.

Acude la señora jueza de primera instancia, a los contenidos de las Sentencia SL4128 del 14 de septiembre de 2021, SL4141 del 15 de septiembre de 2021 y en atención a la solicitud elevada por Darío Galvis Ave, el 21 de mayo de 2020 a Porvenir S.A, mediante derecho de petición, tendiente a lograr su reconocimiento de la pensión de vejez, se tuvo esta última fecha, como la de reconocimiento de su pensión de vejez y en la que se entiende su desafiliación al sistema, puesto que para esa fecha el demandante ya reunía los requisitos de edad y semanas de cotización.

En cuanto a la liquidación de la mesada pensional, indica que el IBL deberá calcularse con fundamento en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, debiendo Colpensiones aplicar la liquidación más favorable; que el número de mesadas anuales será de 13, al haberse causado con posterioridad a la limitación establecida en el inciso 8 del artículo 1 del Acto Legislativo N°

1 de 2005. Y del monto del retroactivo liquidado desde el 21 de mayo de 2020 al 31 de mayo de 2022, autoriza a Colpensiones a que se descuenten los aportes correspondientes a la SGSSS.

A cerca de la pretensión de intereses moratorios, considera que en el asunto no se causan, toda vez que no le era posible el reconocimiento pensional por encontrarse afiliado para esa fecha en el RAIS. Advirtiéndole que, estos se causan a partir de la ejecutoria del fallo, tal como lo ha establecido la jurisprudencia.

En cuanto a las excepciones, concluye que no se encuentran probadas y tampoco existe ningún medio exceptivo que deba reconocerse de manera oficiosa, en lo relacionado a la excepción de prescripción propuesta por las accionadas, el juzgado señala que dicha acción es imprescriptible al estar ligado con la construcción de un derecho pensional, el cual no se ha causado. Y que en la sentencia SL-1421 de 2019, *“...precisó que todas aquellas cuestiones innatas al derecho pensional no pueden verse afectadas por el transcurso del tiempo; en ese sentido, enfatizó que la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, al ser parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.”*

Por lo que en atención a las resultas del proceso consideró innecesario pronunciarse respecto de los demás medios exceptivos propuestos por las entidades demandadas.

Impugnación

1° El apoderado judicial del demandante **Darío Galvis Ave**, interpuso recurso de apelación contra el numeral 5 de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, argumentando:

Considera que el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del actor, se efectúe desde el 19 de diciembre de 2016, fecha en la que se cumplieron todos los requisitos de ley para la pensión y no desde el 21 de mayo de 2020, como lo dispuso el Despacho.

De los argumentos expuestos se le corrió traslado a los demandados, quienes no realizaron manifestación alguna.

2. La apoderada judicial de la demandada, **Porvenir S.A.**, presenta Recurso de Apelación contra la totalidad de la sentencia de primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos:

Que el demandante, en el interrogatorio de parte, manifestó que se le entregó una información por parte de un asesor del fondo, donde se le manifestaron las condiciones generales del sistema pensional, y con la cual se le explicó cómo funcionaban los dos regímenes, única información que para la fecha del traslado según la jurisprudencia, que se debía dar a sus posibles afiliados. Y que para el momento de la afiliación de demandante, no era obligación entregar información en cuanto al monto de la mesada pensional, para ese momento. A su vez que, el contenido del formulario de afiliación acredita que el traslado es válido, por ser voluntario y libre, por lo que Porvenir dio cumplimiento a lo ordenado por la normatividad vigente al momento de la suscripción del mismo.

Alega además que era una carga y deber del demandante informarse frente al funcionamiento del sistema. Denota inconformidad en que el demandante en su interrogatorio manifestó que para el año 2003, 2004, se enteró de su posibilidad de volver a Colpensiones y no lo hizo, por lo que su negligencia no le puede traer ahora implicaciones a Porvenir S.A.. Y que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, señala ineficaz la afiliación cuando se haya vulnerado el derecho de afiliación, debiéndose demostrar la conducta dolosa por parte del fondo demandado y ello no se probó. En cuanto a la exigencia del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que se refiere a los usuarios de los servicios, y teniendo en cuenta que el demandante no era un afiliado a Porvenir, dicha norma no se le podía exigir a la entidad demandada.

Alega que no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración, de acuerdo al inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que no forman parte de la pensión de vejez y por ello están sujetos a prescripción, equivocándose el despacho al no decretar la excepción propuesta. A su vez, que la Superintendencia Financiera, en concepto del 17 de enero de 2020, indicó que en los efectos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas que se deberán retornar son los aportes y rendimiento de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de primas de seguros previsional, ni la comisión de administración, la cual pertenece al fondo privado y no al afiliado, como contraprestación de su gestión. Y se acota arguyendo que, uno de los efectos jurídicos del artículo 1746 del C. C., es la obligación a que la parte restituya los frutos recibidos, considerando que el demandante debe restituir los gastos de administración.

En réplica, el apoderado demandante, manifiesta no estar de acuerdo con los argumentos expuestos por la demandada Porvenir S.A., Colpensiones no realizar ningún pronunciamiento.

3. La apoderada judicial de la demandada, **Colpensiones**, presenta recurso de apelación, contra la totalidad de la sentencia, con fundamento en los siguientes argumentos:

Existen varios elementos que demuestran que no se configuró la ineficacia del traslado, puesto que no hubo indebida o ineficiente información por parte del fondo privado al momento de efectuarse el mismo; que no se avizoran vicios de consentimiento de la parte demandante al momento de diligenciar el formulario de traslado de régimen, por el contrario firma el formulario de afiliación de forma libre, espontánea y sin presiones, voluntad que ratifica el hecho de estar afiliado más de 15 años dentro del RAIS, sin realizar ningún tipo de intento de traslado o asesoría ante las administradoras del fondo de pensiones.

Que no comparte la condena frente al retroactivo pensional al cual fue condenada, pues la entidad se encontraba cumpliendo con la voluntad del aquí demandante, la cual era permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, desde el año que efectuó el traslado. Por lo que es solo hasta el momento en que se profirió la sentencia de instancia que Colpensiones es notificada en primera medida que debe recibir nuevamente al accionante y a su vez reconocer y pagar la pensión de vejez, decisión que dependía del análisis del Juez, en razón a que Colpensiones estaba acatando la voluntad del demandante.

Frente a la contradicción de los argumentos expuestos del recurso de apelación, el apoderado demandante manifiesta no estar de acuerdo, por cuanto la decisión se finco en lo normado en la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes. Por su parte la apoderada de Porvenir S.A. no realizó manifestación alguna.

Alegaciones de Instancia

Por Colpensiones: A través de apoderada judicial allegó escrito de alegaciones, en el reitera que el demandante realizó su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad con el lleno de los requisitos consagrados en el artículo 1502 del C.C., puesto que se trata de una declaración de voluntad proveniente de una persona legalmente capaz, recae sobre un objeto lícito y tiene una causa lícita libre de error, fuerza o dolo que pudiera viciarlo, por lo que a la fecha tal afiliación tiene plena validez. Además que, si bien a las Administradoras de Fondos de Pensiones, les asiste el deber de información oportuna, completa y veraz acerca del servicio que prestan y las condiciones en que lo ofrecen, imponiéndose en la ejecución de los contratos que suscriben con sus afiliados la buena fe, no sería lógico dejar a un lado el deber de

autoinformación que también le asiste al ciudadano de informarse y asesorarse sobre los servicios o prestaciones que se encuentra cancelando, para de esta forma tener certeza del valor que obtendrá a partir del reconocimiento y pago de la pensión de vejez por las diferentes entidades, al igual que sus beneficios y deficiencias y realizar las gestiones correspondientes de acuerdo a lo que considere más beneficioso y que el demandante jamás acudió a Colpensiones a recibir una asesoría a cerca de su mesada pensional.

Por Porvenir: Su mandatario, considera, que, no se alegaron, ni probaron los eventos previsto en el artículo 1741 del C. C. para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez. Indica que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el párrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del C. G. P., por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo, aunado a que su representada siempre le garantizó el derecho de retracto.

Reparó también en que, en el hipotético caso, que se considere que el negocio jurídico, no tuvo validez, el artículo 113, de la Ley 100 de 1993, menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen. Observa que en atención al principio de la congruencia de la sentencia – artículo 281 del C.G.P-, al no haberse discutido y menos probado la mala fe de Porvenir S.A. en la celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenarse a dicho fondo a *“restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es Colpensiones”*, los rendimientos financieros que logró por la gestión que adelantó en la administración de los aportes en el RAIS. Y que en caso de ordenarse el reintegro de la totalidad de los rendimientos, solicita se autorice a Porvenir a descontar del concepto las restituciones mutuas a que haya lugar pues la AFP realizó una gestión a favor del afiliado que le generó rendimientos.

Del demandante: Guardó silencio.

Consideraciones para Resolver

Se hace necesario, en principio, observar que, no se echan de menos presupuestos formales que impidan el pronunciamiento de fondo a que haya lugar. A su vez, se detenta la competencia

funcional para resolverse los sendos recursos de apelación que se interpusieran contra la sentencia que resolviera en la primera instancia el presente proceso.

Ahora, de conformidad con lo establecido en el Art. 66A del CPTSS, se torna imperioso resaltar que el ámbito de la decisión que deba emitirse por esta Colegiatura, para efectos de resolver el recurso de alzada, deberá estar regida por los aspectos que se cuestionaron en torno a la providencia recurrida. De tal manera que solo los reparos debida y oportunamente sustentados contra la sentencia de la *A Quo*, determinarán los problemas jurídicos que deban resolverse en consecuencia.

En tal orden de ideas y de conformidad con los reclamos de los apoderados tanto del demandante Darío Galvis Ave, como de las dos entidades administradores de pensiones Porvenir S.A. y Colpensiones, conllevan a que se formulen como problemas jurídicos de un lado orientados a que se revoque la declaración de ineficacia del traslado o cambio de régimen pensional. Y del otro, con el reconocimiento de la pensión de vejez. Por lo mismo, se impone para su resolución adentrarse en los presupuestos normativos y jurisprudenciales que deben ponderarse para la respuesta de cada uno de los problemas jurídicos derivados de las sendas apelaciones de las partes en *litis*.

Análisis en torno a la ineficacia del traslado de régimen pensional:

En procura de resolver los problemas jurídicos planteados, tal como esta Colegiatura lo ha hecho en otras oportunidades, derivados de la sustentación del recurso de alzada, debe denotarse que ya se tuvo la oportunidad de pronunciarse en situación análoga a la que aquí se estudia. Al respecto en Sentencia del 21 de junio de 2022, radicado: 68679-31-05-001-2019-00232-01, se expuso lo siguiente:

“Así, en lo que hace alusión al primer aspecto objeto de estudio la Sala ciertamente debe resaltar cuál es la doctrina jurisprudencial sobre el particular, habida cuenta que han sido múltiples los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, que como autoridad unificadora de la Jurisprudencia ha pronunciado sobre estas materias. Y ello, además, para determinar si tal clase de subreglas son aplicables a la situación sub júdice y por qué esta Colegiatura asume posición al respecto, sobre la que valga observarlo, aún no se ha emitido precedente análogo.

Así, en reciente fallo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, expuso y reiteró al resolver en vía de Casación asunto análogo al aquí objeto de resolución. Al respecto en la Sentencia SL1214-2022 del 6 de abril del presente año, insistió en las siguientes subreglas jurisprudenciales:

“Con el anterior norte, es pertinente rememorar que, en múltiples oportunidades, esta Corte ha abordado el punto materia de discusión, para definir que ese trascendental

acto debe ser libre y voluntario, pero además, precedido de información clara y veraz sobre las ventajas y desventajas del cambio (CSJL SL1452-2019 y CSJ SL373-2021).

Indistintamente, la Corporación ha insistido en la imperiosa necesidad de que en sede judicial, la problemática planteada «debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (art. 1746 CC)» (CSJ SL3199-2021); según el criterio de la Sala, la consecuencia de la inobservancia del deber de información es la ineficacia, que genera privar de todos los efectos jurídicos el traslado, como si nunca hubiera existido.

También, se ha decantado que la firma del formulario de afiliación y su contenido, no suplen el deber de información y el consentimiento informado (CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020).

Del mismo modo, ha estimado inaceptable condicionar la declaratoria de ineficacia a la existencia de una expectativa pensional concreta o de un derecho adquirido; en esa línea, se ha adoctrinado que para que se imponga la consecuencia aludida, no es necesario que al momento del cambio de régimen, el afiliado cuente con uno de esos privilegios (CSJ SL2611-2020). Lo relevante, se ha repetido, es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional.

De otro lado, la permanencia de la afiliada en el RAIS, a pesar de los varios traslados de AFP, no representa por su naturaleza una ratificación o convalidación del acto inicial de traslado, como lo entendió el ad quem. Los movimientos entre administradoras del régimen de ahorro individual no tienen ese alcance. Así lo explicó la Corte recientemente:

Ahora, en este punto la Corte no pasa inadvertido que el Tribunal concluyó que el traslado fue voluntario pues la actora se afilió a otras administradoras del mismo régimen pensional, lo cual respalda Colpensiones bajo la teoría de los actos de relacionamiento que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer en el RAIS y, a su vez, la recurrente critica al indicar que el estudio de la acción de ineficacia debe centrarse simplemente en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, sin que la afiliación misma suponga que ello se acató.

(...).

(...) ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, 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; [...].

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

La Sala destaca que si bien, es viable que los jueces se aparten del precedente vertical, tal posibilidad debe estar acompañada de una carga argumentativa suficiente que justifique la adopción de una postura diferente a la de la Corte. En este caso, para apartarse del precedente reiterado en providencia CSJ SL1452-2019, el Tribunal arguyó que «dicha sentencia se encuentra emanada por (sic) 5 magistrados de la Corte Suprema, de los cuales uno está impedido y dos presentan aclaraciones de voto, las cuales esas aclaraciones son desconocidas para esta Sala de decisión toda vez que no han sido emitidas las mismas».

Llama la atención de la Sala el raciocinio del que se valió esa colegiatura, para abstenerse de hacer operar el precedente citado, en tanto nada tiene que ver con un criterio jurídico divergente, sino con el número de magistrados que la suscribieron, el impedimento de uno de ellos y las aclaraciones de voto que hicieron otros dos, como si por ello la providencia no tuviera la condición de sentencia judicial emanada del órgano de cierre de la especialidad laboral y de la seguridad social de la jurisdicción ordinaria.

A propósito de la obligatoriedad del precedente, esta Sala en la decisión CSJ SL4823-2021, expresó:

Se recuerda, es factible que los jueces se aparten del precedente jurisprudencial, pero para ello se requiere esgrimir una argumentación suficiente, tal como lo explicó la Sala en la sentencia CSJ SL440-2021:

[...]

En este sentido, de existir un precedente aplicable, los jueces laborales deben identificarlo -carga de transparencia- y, hecho esto, acatarlo o disentir del mismo. Si es lo segundo, asumen la obligación de desplegar una carga argumentativa suficiente que explique las razones del disenso -requisito de suficiencia, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, dado que los jueces deben adaptarse a las exigencias que impone la realidad y reconocer la evolución del derecho (CC T-446-2013), o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales (CC C-621-2015).

En ese orden, el Tribunal omitió el cumplimiento de la obligación reseñada, con claro compromiso de derechos y valores constitucionales y legales como los de igualdad, debido proceso y buena fe, de crucial trascendencia a la hora de preservar la confianza en las decisiones de los jueces.

Queda claro que el juez de alzada se equivocó y, por ende, se impone el quiebre de la sentencia gravada. Sin costas, dada la prosperidad de las acusaciones.”

En relación con la doctrina expuesta esta Colegiatura ciertamente no podría desatenderla. Ello porque amén de que se ha plasmado en múltiples fallos y ello demuestra la solidez y claridad de las subreglas allí expuestas, como doctrina probable, no se tendrían fundamentos sustantivos, normativos o jurisprudenciales para que la solución particular de la situación en examen tenga otra connotación. Conclusión obligada de ello es que, la situación fáctica que subyace en el presente caso, deberá entonces sujetarse a estas reglas y con base en ellas se analizarán en consecuencia los reparos que se hicieron contra la sentencia apelada.

En tal orden de ideas, ciertamente el ámbito de la información que pudiera haberse dado a la persona afiliada a las RAIS, se torna trascendental o determinante para la prosperidad de esta clase de pretensiones. Así, valga reiterar lo que ha expuesto insistentemente la Jurisprudencia: "...es pertinente rememorar que, en múltiples oportunidades, esta Corte ha abordado el punto materia de discusión, para definir que ese trascendental acto debe ser libre y voluntario, pero, además, precedido de información clara y veraz sobre las ventajas y desventajas del cambio (CSJ SL1452-2019 y CSJ SL373-2021). Amén de ello, si se suscitó información, cuáles fueron sus alcances, si fueron suficientes, cuáles serían las subreglas probatorias para el efecto y en general los demás aspectos interrelacionados.

Y ciertamente sobre la trascendencia de la información que debe ser suministrada a quien se afilia a un fondo de pensiones tiene lógicas consecuencias jurídicas y así se ha reconocido en nuestra normativa sustantiva. Al respecto en la sentencia SL1452-2019, del 3 de abril de 2019, emanada de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia se hace un análisis amplio e histórico de tal obligación. Al respecto el aparte conclusivo de lo allí ampliamente expuesto es el siguiente extracto:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por</i>

		<i>tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones

*propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado.”

Ahora, también en el precedente citado se reiteraron subreglas de orden probatorio. Sobre el particular se expuso allí lo siguiente:

“3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

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.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

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.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.”

En la situación que ahora ocupa la atención de esta Sala, igualmente como en las ocasiones anteriores en las que esta Colegiatura se ha pronunciado en casos análogos, debe resolverse siguiendo en integridad los parámetros jurisprudenciales, así como el precedente propio de esta Sala. Para estos fines, veamos en principio el análisis, en torno a la

“ineficacia”, declarada en la sentencia de primera instancia, si los reparos que endilgaron las AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, tienen o no vocación de prosperidad para revocar lo así resuelto.

Así, los que fueron el fundamento del recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A.:

Denota que el demandante en el interrogatorio de parte, manifestó que se le entregó una información por parte de un asesor del fondo, donde se le manifestaron las condiciones generales del sistema pensional, y donde se le señaló como funcionaban los dos regímenes, única información que para la fecha del traslado según la jurisprudencia, que se debía dar a sus posibles afiliados. Igualmente que, para el momento de la afiliación de demandante, no era obligación entregar información en cuanto al monto de la mesada pensional, para ese momento. A su vez, que del contenido del formulario de afiliación acredita que el traslado es válido, por ser voluntario y libre, por lo que Porvenir dio cumplimiento a lo ordenado por la normatividad vigente al momento de la suscripción del mismo. Y además, que era una carga y deber del demandante informarse frente al funcionamiento del sistema. Y que el demandante en su interrogatorio manifestó que para el año 2003, 2004, se enteró de su posibilidad de volver a Colpensiones y no lo hizo, por lo que su negligencia no le puede traer ahora implicaciones a Porvenir S.A..

Argumentos que no se pueden aceptar por lo siguiente:

Claramente se ha expuesto en las subreglas jurisprudenciales, a partir del entendimiento de que las administradoras de pensiones como entes financieros, con un estructura organizativa de gran importancia, encargada de asumir tal clase de responsabilidad frente si se quiere a miles y miles de usuarios, le era exigible cumplir con el deber de informar las implicaciones del cambio del régimen de prima media, que ciertamente era el que regía con anterioridad a la alternativa dada por el ordenamiento jurídicos a los fondos privados o denominados RAIS.

Asimismo, se ha reiterado por esta Colegiatura, que el demandante en su libelo introductorio, ha hecho explícita en últimas, una negación indefinida en torno al deber de información asumido por la entidad administradora de pensiones. Ello porque se ha expuesto que no se recibió una información suficiente, completa y oportuna para efectos de dar el consentimiento del traslado de régimen pensional; incluso que se le dio información no ajustada a la verdad, razón por la cual, no solo en estos particulares ámbitos se desplaza la carga a la contra parte, tal como lo ha recogido la legislación procesal aplicable, en particular el art. 167 del CGP.

Se duele también la apoderada judicial de Porvenir S.A., que, no resulta ajustado a derecho, que, ahora se le exijan requisitos que para el momento del traslado del demandante, no fueron impuestos. Y que tampoco se le puede ahora cuestionar que la AFP de no haber aportado las pruebas correspondientes, porque el demandante, en el interrogatorio de parte, manifestó que se le entregó una información por parte de un asesor del fondo, en la cual se transmitieron cuáles era las condiciones generales del sistema pensional. Se le explicó cómo funcionaban los dos regímenes, única información que para la fecha del traslado según la jurisprudencia, que se debía dar a sus posibles afiliados.

En tal sentido la Sala observa que el convencimiento en torno a la eficacia del traslado derivada de la información dada por el respectivo Fondo en el momento del cambio de régimen o incluso posterior, debía conducir a que sí tuvo la connotación que exigen las subreglas jurisprudenciales. Por consiguiente, el medio de prueba debe ser concluyente en lo concerniente con tal ámbito, más no otro. Y en tal sentido le asiste razón a la juzgadora de instancia, porque no se presta a dudas de que si bien existen en el plenario como medios de prueba el formulario de afiliación diligenciado con el asentimiento de Darío y los medios de convicción indicados por la AFP Porvenir S.A., es claro que con esos medios probatorios, no demostró que suministró la información la información completa, oportuna y real para colegir que Darío Galvis Ave, sí fue

debidamente informado de los trascendentes efectos del cambio de régimen pensional.

Lo expuesto porque el juzgador de estas causas, debe, constatar que los medios probatorios sean concluyentes de la información necesaria, pertinente, completa y oportuna que se hubiese dado para efectos del cambio de Régimen Pensional o para su permanencia. Y ciertamente ello es lo que se echa de menos en el presente proceso. Porque más allá de haberse firmado por la demandante el formulario de traslado, así como la demostración del envío de los historiales aludidos, estos medios por sí mismos no demuestran que la AFP, en su momento, haya cumplido con los deberes que se tenía frente a tan trascendental decisión de un beneficiario del sistema pensional.

Y lo mismo valga denotar del interrogatorio de parte que absolviera el señor Darío Galvis Ave, en el presente proceso. Esto por lo que allí se expresó o se respondió por el demandante, no puede entenderse como el reconocimiento de que sí estuvo informado con los alcances que ha expuesto la jurisprudencia vigente, de lo cual se pueda inferir una confesión de parte y con ello, enervar las pretensiones de ineficacia incoadas.

Al respecto se evidencia por la Sala en la revisión de esta diligencia, alude el demandante que *“...el asesor en sus comentarios o en las promesas que hizo, nos prometió que íbamos a tener muchas ganancias, que nos iban a reconocer muchos beneficios, esos hechos ocurrieron en una reunión general de profesores en el colegio la presentación de Bucaramanga,..., los asesores nos dieron una información general; decían que íbamos a tener mejores beneficios que el Seguro Social; que el Seguro Social se iba a acabar y que íbamos a ganar muchos más que lo que se ganaba en el seguro social.”*

Se le indagó como fue el proceso para su traslado y qué ocurrió entonces. Al respecto se le cuestionó: *“... precísele al Juzgado exactamente a que se refiere que la reunión fue de carácter general”*. Se respondió así: *“...general porque estábamos en una reunión de todos los profesores del colegio en ese momento, como siempre se hace al inicio del año, allí llevaron a todos los fondos privados para que manifestaran sus propuestas y nos afiliáramos a ellos.”*

Al cuestionársele sobre cuáles fueron las manifestación que hizo el asesor del fondo privado demandado, en dicha reunión, dijo: *“...que íbamos a tener una mejor mesada, que el seguro social se iba a acabar y que íbamos a salir pensionados más jóvenes”*, que es la única asesoría que ha recibido del fondo.

El demandante, también en su interrogatorio fue enfático en indicar que nunca le hicieron personalmente una labor de asesoría individual frente a los beneficios personales. (Minuto 37:15 del archivo denominado 39VideoUnoAudiencia21Jun2022 del expediente digital).

Para la Colegiatura, las manifestaciones anteriores del demandante dejan ver que la información que pudo haberse brindado para efectos del traslado de régimen, no puede inferirse como adecuada, completa y exacta, en torno a las fortalezas y debilidades de cada uno de los dos sistemas. Y por lo mismo, una información grupal, sin que se conozcan otros aspectos distintos a los reconocidos por el señor Darío y la que aporta el formulario, no podría entonces conllevar a colegir que exista confesión del demandante de haber recibido la información de la dimensión que ha explicado la jurisprudencia regente. Por consiguiente, el reparo en torno a este aspecto no puede avalarse.

Reclamo Porvenir S.A., que el demandante de manera libre y espontánea lleva vinculado al RAIS desde abril del año 2000, al tiempo que, el fundamento neural de la sentencia de primera instancia aludió a que no se encontró demostrada que los Fondos Privados de Pensiones hubiesen suministrado la información pertinente y como se ha denotado, ello fue así.

Se dolió el fondo privado demandado, que, para el momento en el Darío Galvis Ave, se afilió al Fondo no era obligación entregar información en cuanto al monto de la mesada pensional.

Sobre el reparo anterior, denota la Sala, que, no puede compartirse tal clase de inferencia. Por lo mismo, el alcance de las subreglas jurisprudenciales, con el alcance de doctrina probable, no marcan un momento histórico a partir del cual se puede predicar la procedencia de la ineficacia de los traslados de regímenes pensionales. Se insiste en que, la jurisprudencia denota la importancia del debido consentimiento informado, sin que tenga relevancia que el traslado del régimen haya ocurrido en el año 2000.

Endilgo Porvenir S.A. que debía valorarse el denominado “...*deber de información por parte de la afiliada...*” y por lo mismo, colegir “... *que el nivel de información de los fondos de pensiones no puede llegar a ser ilimitado...*”. Si bien podría colegirse que bajo principios de la buena fe de la relación derivada de la relación jurídica cuestionada es deseable el propósito invocado por la AFP recurrente, pero ello en todo caso no enerva el presupuesto de la ineficacia pregonada y sobre la cual se ha insistido en la jurisprudencia. Por lo mismo, la diligencia o negligencia que se ha tenido por el afiliado en procura de lograr una debida información, no puede eximir a la AFP de demostrar que sí suministró la información necesaria,

completa y pertinente, lo cual debía demostrar de manera fehaciente para atajar las pretensiones y como se ha reiterado, la prueba de ello no obra en el expediente.

En tal orden de ideas ha colegido la Sala que, los reparos en torno a la declaración de ineficacia del traslado pensional ciertamente no se pueden avalar y por ende, mal podría predicarse que la juzgadora de la primera instancia erró al declararla. Por consiguiente, lo resuelto en tal sentido deberá ser íntegramente confirmado.

Veamos ahora el análisis respecto de la condena en lo concerniente con las cuotas de administración:

En torno a tal aspecto jurídico y consecuencial con la declaratoria de ineficacia, lo que hace alusión a la condena en torno a las cuotas de administración, también expuso sendos reclamos Porvenir S.A. En orden a resolver los diversos reparos sobre el particular, necesario se torna denotar que también esta Sala ya se pronunció en el mismo fallo aludido atrás¹. En tal oportunidad se denotó lo siguiente:

“También al respecto esta Sala debe en principio tener presente cuáles son las subreglas jurisprudencias en torno a este aspecto jurídico. Y tal sentido, determinar si está frente a situaciones análogas y si es del caso, cuál sería la posición

¹ Sentencia del 21 de junio de 2022, radicado: 68679-31-05-001-2019-00232-01.

de la Sala en torno a las condenas que se impusieran en la primera instancia, frente a los reparos que se hicieron por vía del recurso de alzada. Al respecto, en la muy reciente sentencia sustitutiva proferida por la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL1414-2022 del 27 de abril del presente año, expuso como aspecto consecuencial a la procedencia de la ineficacia de la afiliación a las AFP de las RAIS, lo siguiente:

“Por lo expuesto, se adicionará el numeral primero de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A., a que traslade a Colpensiones, además de los aportes y sus respectivos rendimientos contenidos en la cuenta individual del demandante, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser indexadas para corregir la pérdida del poder adquisitivo por fenómenos inflacionarios, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, con cargo a sus propios recursos, como se adocrinó en las sentencias CSJ SL5680-2021 y CSJ SL755-2022; y, consecuencialmente, para todos los efectos legales se debe tener en cuenta que la afiliada nunca se trasladó al RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el RPM administrado por Colpensiones.”

En tal orden de ideas, deberá entonces aplicarse también las subreglas allí fijadas por la autoridad unificadora de la Jurisprudencia, las que ciertamente son reiteradas, razón por la cual los reparos que sobre el particular fueron expuestos por la apelante la AFP PROTECCION S.A., así como la también AFP PORVENIR S.A., en torno al ámbito o alcance de la condena, en lo concerniente con el numeral “Cuarto” de la sentencia recurridas, relativo al reintegro de las cuotas de administración no puede ser revocada. En tal sentido, mal podría colegirse un

enriquecimiento indebido, cuando quiera que se busca que las condiciones patrimoniales anteriores al acto declarado ineficaz, en lo posible sean debida y justamente restablecidas, tal cual acontece cuando en el ámbito civil se declara la nulidad de un acto o contrato. Al quererse equilibrar las pretensiones con los pronunciamientos consecuenciales, no podría entenderse como una condena patrimonial con otros alcances, en los términos que se exponen por la recurrente.

Consecuente con lo expuesto, la condena impuesta en torno al reintegro de las cuotas de administración se ajusta a derecho y por lo mismo, tal pronunciamiento igualmente deberá ser objeto de íntegra confirmación. Así se dispondrá en la parte resolutive de este proveído.”

En la situación en examen, la apelación de Porvenir S.A., se orientó a reclamar contra las condenas impuestas en su contra. Veamos, en particular cuáles fueron los reparos que se endilgaron al fallo de primera instancia por la sociedad aludida.

Alega Porvenir S.A., que no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración, de acuerdo al inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, puesto que no forman parte de la pensión de vejez y por ello están sujetos a prescripción, equivocándose el Despacho al no decretar la excepción propuesta.

Que la Superintendencia Financiera, en concepto del 17 de enero de 2020, indicó que en los efectos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas que se deberán

retornar son los aportes y rendimiento de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de primas de seguros previsional, ni la comisión de administración, la cual pertenece al fondo privado y no al afiliado, como contraprestación de su gestión.

En torno al reparo anterior, esta Colegiatura, observa que, la declaración de ineficacia del traslado de régimen ciertamente conlleva unos efectos determinados de conformidad con los parámetros expuestos por las subreglas jurisprudenciales. Estas en todo caso deben seguirse en integridad y por ende, como quiera que allí se surte tal efecto patrimonial, mal podría esta Sala darle un alcance limitado y negar tal consecuencia. Por consiguiente, no pueden avalarse los reparos expuestos sobre el particular.

Y finalmente la A.F.P. Porvenir S.A., solicitó que, en caso de ordenarse el reintegro de la totalidad de los rendimientos, se autorice a Porvenir a descontar del concepto las restituciones mutuas a que haya lugar pues la AFP realizó una gestión a favor del afiliado que le generó rendimientos.

En el sentir de la Sala, tampoco el anterior argumento tendría la eficacia jurídica para revocar la condena que se impusiera en contra de la AFP Porvenir S.A. Ello porque el ámbito de las “*restituciones mutuas*”, institución comúnmente empleada en

derecho privado para dilucidar aspectos consecuenciales como los referidos a la reivindicación de bienes, no resulta aplicable a causas laborales como las presentes, toda vez que, por referirse a derechos de índole prestacional y de orden pensional no podría conllevar merma de recursos, que como consecuencia negativa serían asumidos por quien fue o es un trabajador.

Ha de observarse que los razonamientos y fundamentos expuestos por la jurisprudencia explican el por qué no tienen la connotación de un enriquecimiento indebido o un empobrecimiento recíproco de la misma índole y por lo mismo, mal podría aplicarse la doctrina de las restituciones mutuas que para diversas instituciones es aplicada en el ámbito del derecho privado. También, el por qué, el ámbito regulatorio de tal clase de cuotas de administración no puede impedir que se surta uno de los efectos de la ineficacia del traslado de régimen pensional. Y por el contrario que son recursos que deberán en adelante hacer parte de nuevo régimen y con los que se puedan apalancar las obligaciones del Fondo Público.

Teniendo en cuenta que los reparos formulados por el Fondo Público, tendientes a indicar que el traslado del demandante al RAIS debía mantenerse incólume, por cuando no se presentaron vicios en su consentimiento y su decisión fue libre, voluntaria y espontánea, frente a este argumento se deberá estar a lo ya dispuesto en líneas precedentes.

Finalmente, el análisis de los reparos en torno aspectos concernientes con el reconocimiento de la pensión de vejez:

En cuanto al reparo que expuso el apoderado del demandante, Darío Galvis Ave, éste se centró únicamente en torno al momento de su disfrute, considerando que el derecho a disfrutar la pensión de su representado no debe ser a partir del 21 de mayo de 2020, sino desde el 19 de diciembre de 2016, fecha en la cual adquirió el derecho, por cumplir la edad mínima.

Ahora, el reparo que se adujera en torno al reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Colpensiones y el pago del retroactivo pensional, aludió que *“...la entidad se encontraba cumpliendo en principio la misma voluntad del aquí demandante la cual era pertenecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad desde el año en que realizó dicho traslado, esto es desde el año 2000”*.

A efectos de resolver los reparos expuestos tanto de la demandante, Darío Galvis Ave, como de Colpensiones, trasciende resaltar cuáles han sido los parámetros jurisprudenciales sobre la materia. Precisamente en la muy reciente sentencia SL3872 del pasado 10 de octubre, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, fallo en el que

además de haber declarado la ineficacia del traslado de régimen, también se pronunció en torno al reconocimiento de la pensión. Y a propósito del momento en que ordenó pagarla, hizo entre otras, las siguientes y relevantes observaciones:

“De otra parte, observa la Sala que la historia laboral que allegó Colfondos S. A. fue generada el 25 de agosto de 2022 y que se reportan cotizaciones al sistema hasta agosto de 2020, es decir, que la demandante continuó efectuando aportes después del cumplimiento de la edad requerida y hasta agosto de 2020, por tanto, es dable considerar que el retiro del servicio se produjo en dicha data, presupuesto que resulta fundamental para que proceda el pago de la prestación, conforme lo disponen los artículo 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, los cuales, según el 31 de la Ley 100 de 1993, son aplicables a la pensión de la que es acreedora la demandante.

Bajo el anterior panorama, encuentra la Corte, que lo que resulta procedente es ordenarle a Colpensiones reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez antes señalada a partir del 1° de septiembre de 2020.

En ese contexto atendiendo las consideraciones que anteceden, habrá de modificarse la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de enero de 2020, en lo atinente únicamente a la fecha del reconocimiento de la prestación pensional de vejez, para precisar que la misma se hará a partir del 1 de septiembre de 2020.”

En la situación en examen, denota la Sala, que, no existe controversia en torno a los siguientes aspectos fácticos:

i) Que el demandante nació el 19 de diciembre de 1954, cumpliendo los 62 años de edad en el mismo día y mes de 2016; ii) que para el 1º de abril de 1994, tenía 39 años de edad, a su turno conforme a la historia laboral visible a folio 16 del archivo PDF 2 del expediente, para tal data contaba con un total de 458.68 semanas de cotización, es decir menos de 9 años de servicio. Por lo tanto, no es beneficiario del régimen de transición; iii) que fue afiliado al ISS desde el 2 de noviembre de 1983; iv) que se trasladó al fondo de pensiones Porvenir el 1 de abril de 2000; v), que la última cotización se efectuó el mes de abril de 2020; y que, como lo concluyera la juzgadora de la primera instancia en su fallo *“acumula un total de 1780 semanas cotizadas tanto al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como al Régimen de Ahorro Individual, como se observa de la historia laboral consolidada visible a folios 15 a 19 del archivo 2”*.

Ahora, se denota que la *A Quo*, ordenó el reconocimiento a partir del 21 de mayo de 2020, sustancialmente en el siguiente criterio jurisprudencial (Sent. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, SL4141 del 15 de septiembre de 2021), que denota lo siguiente:

“En este caso, advierte la Sala que el a quo se equivocó al disponer el reconocimiento de la prestación a partir del 8 de junio de 2018, fecha de la decisión judicial que puso fin a la instancia, pues ha debido revisar las condiciones particulares del asunto objeto de estudio, y verificar que García ... manifestó su voluntad de retirarse del sistema con la solicitud de reconocimiento pensional que elevare ante Colpensiones el 8 de junio de 2017, fecha para la cual reunía los requisitos para causar la prestación por vejez.” (negrilla del Juzgado).

Ahora, en situación similar esta Colegiatura expuso:

“Atendiendo estos lineamientos jurisprudenciales, en el presente caso, tenemos que según el expediente administrativo visible a folio 10, la señora presentó el cuatro (04) de octubre de 2019, derecho de petición ante COLPENSIONES, encaminado a que se reconociera la ineficacia de su afiliación a RAIS y en consecuencia “(...) Se reconozca y pague mi Pensión de Vejez a partir del 01 de noviembre de 2018, bajo los parámetros y condiciones de la Ley 797 de 2003, debidamente indexados.”

En la situación en examen, en el sentir de la esta Colegiatura los dos reparos expuestos por los apelantes, de un lado el de la parte actora, como el de Colpensiones no están llamados a prosperar. Veamos las razones:

Así, en lo que hace alusión a la fecha de disfrute de la prestación pensional, que el juzgado la determinó a partir del 21 de mayo de 2020, no resulta errada, porque se apoya en un precedente jurisprudencial que denota una situación análoga y

de carácter estrecha. Esto es, en un caso similar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha resuelto y el mismo criterio ha expuesto esta Colegiatura sin que ahora se tengan elementos de juicios conclusivos para cambiarlos. Por consiguiente, se trata de un precedente que debe ser aplicado debidamente, salvo que se tengan fundamentos mejores de orden argumentativo y ciertamente, ello no ocurre en el presente evento.

Por consiguiente, sin cuestionar la fecha en que se solicitó el derecho pensional, que fuera la aludida en el fallo recurrido, mal podría ordenarse el reconocimiento con anterioridad, tal como lo pretende la parte actora, toda vez que su interés se orientó a que se fijara hacia el mes de diciembre de 2016, al apoyarse en que, en tal momento se adquirió el derecho reclamado, porque ya se contaba con las semanas cotizadas y se cumplió la edad mínima para la fecha indicada. Esto por cuanto, ciertamente no ha sido ese el momento para tal clase de efecto jurídico, según las circunstancias particulares de Darío Galvis Ave, que coinciden con el precedente jurisprudencial.

Ahora, tampoco puede avalarse el pedimento de Colpensiones, toda vez que, ciertamente ha de colegirse que la pensión se depreca del Sistema Pensional y no en particular de una entidad administradora, en este caso Colpensiones. Y como quiera que el precedente citado por esta Corporación, la

sentencia SL3872 del pasado 10 de octubre, también se ordenó tal retroactivo, mal podría ahora no atenderse en integridad los alcances de tal decisión y aplicarlo de manera limitada o distinta.

En consideración a lo expuesto deviene necesario que los reparos expuestos por el demandante, Darío Galvis Ave, así como los de las AFP demandadas Porvenir S.A., y Colpensiones contra la sentencia de primera instancia que se emitiera en el presente proceso no están llamados a prosperar, lo resuelto en la primera instancia merecerá confirmación íntegra. Igualmente, como quiera que ambas partes fueron apelantes y a ninguna se le prosperó el recurso, no habrá lugar a condena en costas procesales.

Decisión

De conformidad con lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SAN GIL, EN SALA CIVIL FAMILIA LABORAL**, *“Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley”*,

Resuelve

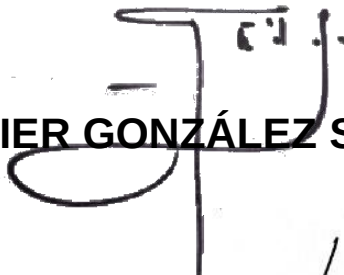
Primero: Por lo expuesto en la parte motiva de este proveído, **CONFIRMAR INTEGRAMENTE** la Sentencia del veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022) proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Gil dentro del proceso de la referencia.

Segundo: SIN COSTAS de Segunda Instancia por lo expuesto en la parte motiva.

Tercero: En oportunidad devuélvase el proceso al Despacho de la Primera Instancia por lo jurídicamente atendible.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

El Magistrado,



JAVIER GONZÁLEZ SERRANO

Los Conjueces,



ANDRÉS DARÍO BENÍTEZ CASTILLO



NELCY CARDOZO RUEDA