



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
SALA CIVIL – FAMILIA –LABORAL

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
PROVIDENCIA: APELACION DE SENTENCIA
RADICADO: 20001-31-05-002-2021-00076-01
DEMANDANTE: FREDYS ALBERTO PÉREZ PACHECO
DEMANDADA: AFP PORVENIR S.A. Y OTRO

MAGISTRADO PONENTE: ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Valledupar, seis (6) de marzo dos mil veintitrés (2023)

Una vez vencido el traslado para alegar de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, atiende la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, las apelaciones de la sentencia de primera instancia proferida el 3 de marzo de 2022, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Fredys Alberto Pérez Pacheco contra la Administradora de fondo de pensiones Porvenir S.A., la Administradora de fondo de pensiones Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

ANTECEDENTES

1-. Presentó el demandante, por intermedio de apoderado judicial, demanda contra Colpensiones, Protección S.A y Porvenir S.A., para que, mediante sentencia, se declare y condene:

1.1.- La nulidad o ineficacia del traslado de Régimen pensional de Fredys Alberto Pérez Pacheco, realizado en el año de 1994 de Colpensiones a Colmena – hoy Protección.

1.2.- Que se condene a Porvenir, a realizar el traslado a Colpensiones de la totalidad de lo ahorrado, por Fredys Alberto Pérez Pacheco en su cuenta de ahorro individual, el bono pensional, los rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas, desde 1994 hasta la fecha en que se traslade a Colpensiones.

1.3.- Que se ordene a Colpensiones que una vez Porvenir de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a activar la afiliación de Fredys Alberto Pérez Pacheco.

1.4.- Que se condene en costas a las demandadas.

2.- Como fundamento de lo pretendido, relató:

2.1.- Que Fredys Alberto Pérez Pacheco comenzó su vida laboral desde el año 1990, y cotizaba en el extinto ISS hoy Colpensiones.

2.2.- Que para el año 1994 se trasladó a Colmena hoy Protección, y en el año 1995 se trasladó a Porvenir.

2.3.- Que el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, se debió a que a la empresa en que laboraba, se acercó un asesor de Colmena, hoy Protección, con el fin de que realizara el traslado de fondo pensional.

2.4.- Que el traslado se hizo sin que mediara asesoría, información o explicación alguna de Colmena al demandante, acerca de las consecuencias, ventajas o desventajas de este traslado de régimen.

TRÁMITE PROCESAL

3.- El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar – Cesar, admitió la demanda mediante auto del 27 de agosto de 2021, disponiendo notificar y correr traslado a Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A., las que se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1.- La AFP Protección S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones perentorias o de fondo: i) prescripción, ii) improcedencia de la declaratoria de nulidad e ineficacia del traslado, iii) firmeza del consentimiento del traslado del RPMP y la afiliación al RAIS, iv) ratificación del consentimiento del traslado del RPM al RAIS y afiliación a los fondos privados, v) inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, vi) inexistencia de la obligación de devolver la

comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, vii) ausencia absoluta de responsabilidad, viii) inexistencia de la obligación y causa para pedir, ix) improcedencia de condena en costas, x) compensación, xi) buena fe por parte de Protección S.A., y xii) no nominada o genérica.

3.2.- La AFP Porvenir S.A. dio contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones del libelo inicial, proponiendo como excepciones de mérito: i) prescripción, ii) buena fe, iii) inexistencia de la obligación, iv) compensación y v) excepción genérica.

3.3.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contestó oponiéndose a todas las pretensiones y proponiendo como excepciones de fondo: i) inexistencia de las obligaciones reclamadas, ii) cobro de lo no debido, iii) prescripción, iv) falta de legitimación en la causa por pasiva, v) buena fe, vi) innominada o genérica, y vii) compensación.

3.4.- El 3 de marzo de 2022, se dio inicio a la audiencia del artículo 77 del Código Procesal de Trabajo, en la que se determinó que por tratarse de ineficacia de traslado no es susceptible la conciliación; al no contar con excepciones previas para resolver, ni encontrarse causal para invalidar lo actuado, se fijó el litigio, se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas. Seguidamente, se escucharon los alegatos de conclusión y se profirió la sentencia que hoy se revisa.

LA SENTENCIA APELADA

4.- El juez de instancia resolvió:

Primero: Declarar la ineficacia del traslado que Fredys Alberto Pérez Pacheco, identificado con C.C. 8704120 hizo del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al RAIS, conforme a la parte motiva. En consecuencia, Porvenir S.A., en virtud de la conservación del RPMPD, hoy administrado por Colpensiones, devolverá todos los valores que hubiere recibido o recaudado con motivo de la afiliación del actor que se declaró ineficaz, como cotizaciones, cuotas de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos que se hubieren causado, o cualquier otro, especificando a que semanas corresponde los valores girados.

Segundo: Las excepciones quedan resueltas conforme a lo expuesto.

Tercero: Costas y agencias en derecho a favor del demandante y en contra de la demandada Porvenir S.A., las que se tasan en 2 SMMLV.

Cuarto: De no ser apelada la presente sentencia se ordena su consulta, por haber impuesto a Colpensiones una entidad industrial y comercial del estado la obligación de recibir los aportes que realizó en su momento al régimen de ahorro individual el demandante a Protección, trasladados nuevamente a Porvenir.

Como consideraciones de lo decidido, adujo el sentenciador de primer nivel que, la escogencia en la afiliación a pensiones debe ser libre y voluntaria, y que para que exista esa libertad, es necesario que haya una información previa al momento del traslado, que se traduce en una libertad cualificada e informada que avala la transición del régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, según se indicó en la sentencia de la CSJ Sala de Casación Laboral SL1688-2019.

Expuso que, se encuentra establecido que el demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS, tuvo multiplicidad de afiliación, por lo que a la luz de la sentencia SL 2877 de 2020 debe estudiarse la primera vinculación al RAIS y en caso de declararse la ineficacia del traslado, deben asumirla todas las entidades a las que se afilió el demandante sin tener en cuenta si participaron o no le cambio de régimen pensional.

Concluyó que como el fondo privado, como administradora del R.A.I.S. no brindó al accionante la información necesaria sobre las posibles consecuencias que le acarrearía la afiliación al trasladarse de régimen, siendo carga suya demostrarlo, procede la declaratoria de ineficacia del traslado realizado por el demandante a Protección S.A, no obstante, como actualmente el demandante se encuentra afiliado al RAIS en Porvenir, es a ésta última gestora a la que le corresponde devolver a Colpensiones, sin excepción, todos los valores que hubiera recibido como causa de la afiliación ineficaz o cotizaciones del demandante, es decir, como si éste nunca se hubiese salido del sistema público pensional, entre ellas cotizaciones, bonos pensionales, sumas divisionales de la aseguradora, cuotas de administración, frutos e

intereses y cualquier otra suma, de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, inclusive los rendimientos que se hubieran causado debidamente indexados.

Declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., incluida la de prescripción, puntualizando que la jurisprudencia ha determinado que por estar comprometido uno de los componentes pilares del derecho a la pensión de vejez, el cuál es el régimen a aplicar y por ende el monto, la ineficacia del traslado se torna imprescriptible.

Finalmente impuso costas y agencias en derecho a favor del demandante y en contra de Porvenir S.A.

4.1.- La AFP Porvenir apeló la decisión de instancia, solicitando su revocatoria, en el entendido que la afiliación realizada en el año 2001 por el demandante, no adolece de ningún vicio, y que haber existido, este se encuentra saneado por el paso del tiempo y con la ratificación de los actos jurídicos realizados por el demandante; que resulta inverosímil que transcurridos 20 años el actor pretenda un traslado prohibido por la ley vigente, no existiendo razón legal para ordenar el traslado de aportes.

Alegó que, se demostró a través del interrogatorio de parte y el certificado de Asofondos, que el traslado de régimen y la asesoría fue inicialmente brindado por Protección y posteriormente el demandante se trasladó voluntariamente a Porvenir, por lo que actuó de buena fe y no incurrió en los vicios de consentimiento contemplados en el Código Civil.

Puntualizó que, el RPMPD y el RAIS no son iguales, varían los requisitos para acceder a la prestación y los factores para el cálculo de la misma, diferenciaciones que ha establecido la misma ley, de manera que no se pueden equiparar o determinar que uno es más beneficioso que el otro, cada cual tiene sus beneficios y por tal razón coexisten en el Sistema General de Seguridad Social.

Respecto a la devolución de rendimientos y cuotas de administración preciso que no debe perderse de vista que las administradoras de fondos de pensiones y cesantías son entidades especializadas y autorizadas legalmente para administrar los fondos de pensiones de los trabajadores y gestionar el pago de las prestaciones y beneficios que la ley establece. Dicho lo anterior, la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena ejecución de la administradora de pensiones, que no hubiera sido posible si el afiliado hubiera estado cotizando en el régimen de prima media con prestación definida.

Alude que, la Superintendencia financiera de Colombia en concepto No. 20191522169003000 del 17 de enero del 2000, indicó en forma expresa que en los eventos en que procede 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, puesto que, ordenar ese traslado de estos gastos a Colpensiones configura un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución.

Esgrime que, Porvenir cumplió con los deberes que le corresponden por disposición legal y jurisprudencial, y jamás existió omisión de información como indebida asesoría, por lo que se entiende que Porvenir ha actuado de buena fe y acorde a derecho, razón por la cual no hay lugar a una condena en costas.

4.2.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, presentó recurso de apelación, indicando que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de las asesorías que debió brindar al momento de la afiliación debe ser analizada bajo la normatividad vigente para la fecha de la suscripción del formulario o materialización del traslado.

Alega que no es jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento

jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia transgrede el principio de confianza legítima, máxime que el art. 29 de la Constitución Política establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales, y nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes pre existentes al acto que se imputa.

Alegó que, el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, que, sin haber participado en el trámite del traslado, ni en los hechos que dieron origen a la presente controversia, es quien debe afrontar la carga de la prestación.

En este sentido el Decreto 2241 del 2010 establece el Régimen de protección al consumidor financiero, y determina las obligaciones en cabeza del afiliado que pertenece al sistema general de pensiones destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consiente de pertenecer al régimen seleccionado.

Arguye que tampoco se tiene en cuenta el art. 1509 y 9 del Código civil, según los cuales la ignorancia de la ley no sirve de excusa y el error de derecho no da lugar a la declaratoria judicial de nulidad de un negocio jurídico.

Aduce que, el Decreto 2550 de 2010 determinó las obligaciones que debe cumplir el afiliado que permanezca en el Sistema General de Pensiones, en las que se incluye informarse de las condiciones del sistema aprovechando los mecanismos de divulgación, emplear adecuada atención y cuidado en toma de decisiones, leer las condiciones de afiliación al sistema, revisar las condiciones de afiliación o traslado, informarse de los canales para presentar peticiones quejas o reclamos, propender del uso de mecanismos a disposición del consumidor financiero para la educación Financiera y previsional, así como para el suministro de información.

Por lo que no puede alegar el desconocimiento de la norma, y en caso de desconocerla, ello no es eximente para cumplirla, de ahí que su

descuido o abandono de la obligación de informarse no puede acarrear la nulidad de un acto jurídico válidamente celebrado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.- De conformidad con el numeral 1 del literal b), del artículo 15 del código de procedimiento laboral y de la seguridad social, la Sala es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada, así que, agotado el trámite de la instancia y reunidos los presupuestos de demanda en forma, capacidad para ser parte o para obrar en el proceso, a lo cual se suma que no se aprecian causales de nulidad que vicien lo actuado, procede decidir de fondo.

Con la expedición de la Ley 712 de 2001, varió sustancialmente, el tema de competencia del *ad quem* en lo referente al recurso de apelación, que sea propuesto en contra de las sentencias de primer grado, toda vez que de acuerdo con su artículo 35, por medio del cual fue adicionado el artículo 66A del Código procesal del Trabajo y de la Seguridad social, es a las partes a quienes corresponde delimitar expresamente las materias a que se contrae expresamente ese recurso.

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 el Estado.

6.- Teniendo en cuenta los asuntos objeto de recurso, lo que debe determinar la Sala, es si tuvo razón el juez de primera instancia, en declarar la ineficacia del traslado del demandante al régimen pensional de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de ello ordenar la devolución a Colpensiones de todos los valores recibidos por Porvenir S.A. en los términos que lo hizo, así como condenar a Porvenir S.A. al pago de costas procesales.

7.- Para resolver el debate planteado, se debe tener en cuenta inicialmente lo siguiente:

- Que Fredys Alberto Pérez Pacheco se afilió en pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD el 13 de septiembre de 1983 a través del extinto Instituto de Seguros Sociales.
- El demandante solicitó vinculación y/o traslado de Régimen para el Fondo de Pensiones Colmena - hoy Protección S.A., el 14 de junio de 1994, la que se hizo efectiva a partir del 1 de julio de la misma calenda.
- El 9 de julio de 1999 el demandante solicitó vinculación a la Administradora de Fondo de Pensiones Colpatria -hoy Porvenir, la que se hizo efectiva a partir del 1 de septiembre del mismo año.
- El 10 de septiembre de 2019 el demandante presentó solicitud ante Colpensiones y la AFP Porvenir, a fin de retornar nuevamente al RPMPD, obteniendo respuestas negativas, de fechas 17 de septiembre y 11 de octubre de la misma anualidad.

8.- 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:

ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

(...)

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

(...)

e. Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (...)

8.1.- En relación con las características «libre y voluntaria» de la selección de régimen, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en señalar que la información precisa, es un elemento esencial de la libertad en la toma de la decisión, lo cual supone, necesariamente, el conocimiento de las consecuencias positivas y negativas de su

acogimiento, así en sentencia SL1688-2019, reiterada en SL 25953-2021 expuso:

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).”

Así mismo, ha sido criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia que:

la simple firma del formulario de afiliación al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, 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, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (SL2877-2020 reiterada en sentencia SL 3708-2021)

De conformidad con los anteriores pronunciamientos, 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, carga que le incumbe a la administradora de pensiones.

En el presente asunto, si bien consta que el actor se afilió al R.A.I.S. administrado por el Fondo de Pensiones Colmena - hoy Protección S.A., el 14 de junio de 1994, y posteriormente el 9 de julio de 1999 se trasladó a la AFP Colpatria – hoy Porvenir S.A., se echa de menos prueba que acredite que los fondos privados hubieran cumplido el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, a pesar de que dicha carga les correspondía.

Así las cosas, como la AFP Protección S.A., no logró acreditar el cumplimiento de su deber de información al accionante, de ello se extrae que fue esa la causa que lo llevó a tomar una decisión de traslado

desconociendo sus consecuencias, y como posterior a ello, la AFP Colpatria - hoy Porvenir, tampoco cumplió con su deber de información de ello deviene que el demandante no contara con elementos necesarios para determinar el régimen pensional en que le convenía estar afiliado.

8.2.- Es pertinente señalar que la Corte también ha explicado que con el paso del tiempo el nivel de información ha alcanzado un mayor nivel de exigencia, identificándose tres etapas que – conforme a las normas que han regulado el tema-, abarcan tres períodos: i) desde 1993 hasta 2009, ii) desde 2009 hasta 2014, y iii) de 2014 en adelante.

La evolución normativa de tales periodos, fue sintetizada en sentencia CSJ SL 1452-2019 reiterada en SL896-2022, así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	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	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
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	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 tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

De acuerdo con la fecha en que el accionante migró del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, esto es, el 14 de junio de 1994, la obligación de la AFP Colmena, hoy Protección S.A. se enmarca dentro del primer período, durante el cual la obligación consistía en suministrar información suficiente y transparente que permitiera al afiliado vincularse al régimen que le resultara más favorable.

Lo anterior, de conformidad con el ya reseñado liberal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993 «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, dispuso en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Entonces, las AFP desde su creación y entrada en funcionamiento tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante el suministro de información suficiente y transparente, a fin de que el afiliado contará con los elementos suficientes para elegir la opción que mejor se ajustara a sus intereses. Así las cosas, la obligación de información no se constituye en una carga adicional, sino simplemente en un deber de la administradora desde el momento de su constitución.

No obstante, como quiera que, en el presente asunto, la AFP Horizonte no acreditó haber suministrado información veraz, idónea y transparente al afiliado al momento del traslado de fondo, de ello deviene incumplida la obligación de información por parte de este fondo de pensión.

8.3.- De otra parte y en lo que hace a la carga de la prueba en los casos de ineficacia del traslado de régimen pensional, correspondía a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones del RAIS, demostrar la diligencia, cuidado y buena fe en el cumplimiento del deber de información a su cargo, así como su acreditación. Al respecto, en sentencia CSJ SL2601-2021 en la que se rememoró la SL1688-2019, se indicó:

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. (CSJ SL1688-2019)

De la jurisprudencia transliterada, se extrae que en el presente asunto hay lugar a la inversión de la carga de la prueba, como quiera que el demandante alega un supuesto negativo, de ahí que sea la administradora de pensiones la llamada a desvirtuarlo mediante la demostración del hecho positivo contrario, esto es, acreditando haber suministrado la información que le exigía la normatividad al momento de ocurrencia del traslado, empero en el presente caso la pasiva no lo acreditó, por tanto, no es admisible la censura de Porvenir S.A. respecto a que la afiliación no estuvo viciada, puesto que como ya se dijo, este fondo de pensiones no demostró que la AFP Colmena a la que inicialmente se afilió el trabajador hubiera cumplido con el deber de información que le incumbía.

Ahora bien, Porvenir S.A. esgrime en su favor que el paso del tiempo sanea el vicio que hubiera podido producirse, puesto que el afiliado realizó su solicitud de retorno al RPMPD después de transcurridos 20 años de afiliación al R.A.I.S., agregando que las aseveraciones del demandante frente a la falta de información al momento de traslado no es conducente para probar los hechos que refiere, no obstante, esta Colegiatura debe precisar, que son los fondos de pensiones a quienes incumbe acreditar haber suministrado la información correspondiente a

sus usuarios al momento de realizar la afiliación o traslado de régimen, por tanto, no puede imponerse al afiliado la carga de manifestar su inconformidad en un término determinado, máxime que es un asunto técnico que escapa de la órbita del conocimiento de una persona del común, razón por la cual son los fondos privados los obligados a brindar la asesoría cualificada para que el usuario determine su conveniencia o no, por tanto, la carga de la prueba recae sobre la pasiva no sobre el demandante.

8.4.- En cuanto a las consecuencias de la inobservancia del deber de información, conviene recordar que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia, así mismo, la Sala de Casación Laboral, ha dicho que:

la reacción del ordenamiento jurídico frente a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por lo que, su examen debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al *status quo ante*, art. 1746 CC). (CSJ SL3708-2021)

De ello deviene que, resulta equivocado el análisis de este tipo de asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (SL1688-2019), razón por la cual, es acertada la decisión del Juez de primer grado al declarar la ineficacia del traslado.

Así mismo, conviene puntualizar que yerra el apelante al pretender que en el presente asunto se aplique el principio de que “el error de derecho no da lugar a la declaración judicial de nulidad de un negocio jurídico”, puesto que como ya se expuso en precedencia, la transgresión del deber de 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, pues si se atenta contra el derecho a la libre afiliación, la misma quedará sin efecto, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL 1452-2019 - CSJ SL4360-2019).

También se ha dicho por la Sala que:

“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”. (CSJ SL3708-2021)

La anterior postura ha sido reiterada entre otras, en sentencia SL 1006-2022, donde además el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, señaló que la declaración de ineficacia implica privar de todo efecto práctico al acto de traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se desvinculó del RPMPD, administrado por Colpensiones, por lo que al fondo de pensiones privado le corresponde trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones y rendimientos financieros generados, gastos de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como los dispone el artículo 1746 del CC (CSJ SL5424-2021, CSJ SL17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

Ahora bien, conviene precisar que en el presente caso se encuentra acreditada la multiplicidad de afiliación del demandante en el RAIS, esto es, iniciando con una vinculación a la AFP Colmena – hoy Protección S.A., y trasladándose de ésta a la AFP Colpatria, hoy Porvenir, entidad última en la que se encuentra activa su afiliación. Bajo estas condiciones particulares, se hace necesario memorar que la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 2877 de 2020 explicó que:

“los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el

promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

En consecuencia, de conformidad con la jurisprudencia transliterada, si bien la gestora pensional del RAIS a la que primigeniamente se trasladó el demandante proveniente del RPMPD, lo fue la AFP Colmena – hoy Protección, entidad que no es a la cual se encuentra vinculado actualmente el actor, sino que lo es la AFP Porvenir, empero por tratarse de administradoras de pensiones del RAIS, las dos se encuentran cobijadas por los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Así las cosas, la orden emitida por el Juez de instancia de ordenar a la AFP Porvenir devolver todos los valores que hubiere recibido o recaudado con motivo de la afiliación del actor que se declaró ineficaz, como cotizaciones, cuotas de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos que se hubieren causado, o cualquier otro, especificando a que semanas corresponde los valores girados, se torna acertada, no obstante, de conformidad con el pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral es pertinente discriminarlos adecuadamente, por lo que se modificará la orden emitida en el ordinal segundo, en el sentido de que Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos.

De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente

indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Así mismo, corresponde a Colpensiones recibir los aludidos conceptos, tal como aquí se expuso, por tanto, corresponde modificar el ordinal primero de la sentencia apelada.

8.6.- Finalmente, conviene puntualizar que tal como ya se expuso en precedencia en el presente asunto se encuentra configurada la ineficacia del traslado, y a este respecto, es abundante la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la que se indica que en estos casos las cosas deben retrotraerse al estado anterior a la afiliación al R.A.I.S. realizada indebidamente, por tanto, contrario a lo alegado en su favor por Porvenir S.A. se avizora que este fondo pensional se negó deliberadamente a acceder a lo pretendido por el actor.

De otra parte, es necesario señalar que las costas procesales se encuentran reguladas por el art. 365 del Código General del Proceso, en el que se indica en el numeral primero que se condenara a su pago a la parte vencida en el proceso, por tanto, los razonamientos de la pasiva direccionados a evitar su imposición no resultan de recibo.

9.- Dado que no existen otros reparos, esta Colegiatura procederá a modificar el ordinal primero de la decisión proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, el 3 de marzo de 2022, por las razones aquí expuestas, en lo demás se confirma la decisión de instancia. Al no prosperar los recursos de alzada, las costas en esta instancia serán a cargo de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir, se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV, las cuales se liquidarán de forma concentrada por el juzgado de origen, en virtud del artículo 366 del CGP.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la

República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:** MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida el 3 de marzo de 2022, el cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de **FREDYS ALBERTO PÉREZ PACHECO** al RAIS, realizada el 14 de junio de 1994, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

Por consiguiente, **CONDENAR** a la AFP **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos. La citada AFP también deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

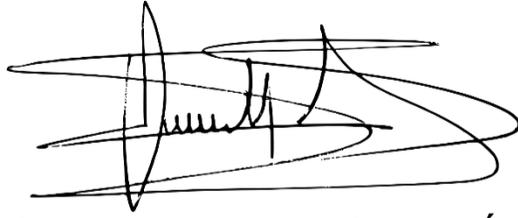
ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que reciba todos los valores que le sean trasladados por PORVENIR S.A. correspondientes a los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, en los términos que aquí se expuso.

En lo demás se confirma la decisión de instancia.

COSTAS como se dejó visto en la parte motiva.

Devuélvase el expediente al juzgado de origen una vez cumplidos los trámites propios de esta instancia. Déjense las constancias del caso en el sistema justicia siglo XXI.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE,



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado Ponente



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado