



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
PROVIDENCIA: APELACION DE SENTENCIA
RADICADO: 20001-31-05-003-2019-00264-01
DEMANDANTE: MIGUEL CASTRILLO MARTÍNEZ
DEMANDADA: AFP PORVENIR S.A. Y OTRO

MAGISTRADO PONENTE: ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Valledupar, nueve (9) de marzo de 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 12 de agosto de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Miguel Castrillo Martínez contra la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, trámite al que fue vinculado Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías como litis consorte necesario.

ANTECEDENTES

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

1.1.- La nulidad del traslado del régimen pensional de Miguel Castrillo Martínez, efectuado en el año 2003 a través de Porvenir.

1.2.- Que se ordene a Porvenir, trasladar los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, a Colpensiones.

1.3.- Que se ordene a Colpensiones que una vez la AFP Porvenir S.A. dé cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a aceptar el traslado del señor Miguel Castrillo Martínez del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al de Prima Media con Prestación Definida.

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

2.- Como fundamento de lo pretendido, relató:

2.1.- Que Miguel Castrillo Martínez inició su vida laboral en el año 1985 cotizando a través del extinto I.S.S., hoy Colpensiones.

2.2.- En el año 2003 se trasladó a Porvenir S.A., debido a que a la empresa en que laboraba se acercó un asesor de esa gestora pensional, con el fin de que realizará el traslado.

2.3.- Que el traslado se realizó sin que mediara asesoría, información o explicación alguna de las consecuencias, ventajas o desventajas del cambio de régimen.

2.4.- Que actualmente devenga un salario de \$3.851.632, sobre el cual el empleador le realiza los aportes en seguridad social.

2.5.- Que se realizó simulación de la mesada pensional por parte de Porvenir S.A., la que asciende a la suma de \$1.223.000.

2.6.- Que, de haber continuado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en Colpensiones, tendría derecho a una mesada pensional de \$3.734.364.

2.7.- La omisión de Porvenir, al no brindar asesoría e información sobre las consecuencias de cambio de régimen pensional, le ha causado un detrimento a su derecho pensional.

TRÁMITE PROCESAL

3.- El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar – Cesar, admitió la demanda mediante auto del 16 de octubre de 2019, disponiendo notificar y correr traslado a Colpensiones, y Porvenir S.A., las que se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1.- 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.

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

3.3.- Mediante auto del 17 de septiembre de 2021, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, admitió las contestaciones de la demanda y vinculó al proceso a la AFP Colfondos, en calidad de litis consorte necesario.

3.4.- Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, dio contestación a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de cualquier condena en contra de Colfondos, planteando como excepción de mérito: “falta de legitimación en la causa por pasiva”.

3.5.- El 29 de junio de 2022, se dio inicio a la audiencia del artículo 77 del Código Procesal de Trabajo, en la que se declaró fracasada la audiencia de conciliación; al no contar con excepciones previas para resolver, ni encontrarse causal para invalidar lo actuado, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas solicitadas.

3.6.- El 12 de agosto de 2022, se instaló la audiencia de trámite y juzgamiento en la que se practicaron las pruebas decretadas, 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 el señor Miguel Castrillo Martínez, hizo del Instituto de Seguros Sociales - ISS a la Administradora de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., y posteriormente a Porvenir S.A., esta última, quien por virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por Colpensiones, deberá devolver a ésta el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya

lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros provisionales con cargo a sus propias utilidades debidamente indexados.

Segundo: Ordenar a Colfondos S.A., trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los valores correspondientes a los gastos de administración y comisiones debidamente indexadas con cargo a sus propias utilidades del tiempo en que estuvo afiliado el demandante a dicho fondo.

Tercero: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, que una vez Porvenir S.A., de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a aceptar el traslado del señor Miguel Castrillo Martínez, junto con el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales.

Cuarto: Declárese no probadas las excepciones propuestas conforme a la parte motiva de la providencia.

Quinto: Condénese en costas a Colfondos S.A. y Porvenir S.A., las que se liquidarán conforme al artículo 366 del CGP, una vez quede en firme la providencia.

Como consideraciones de lo decidido, adujo el sentenciador de primer nivel que, los afiliados al sistema general de pensiones tienen libertad de escoger el régimen pensional al que deseen afiliarse y poseen la facultad de trasladarse entre ellos, resaltando que el literal e del art 2 de la Ley 797 de 2003 que modifico el art 13 de la ley 100 de 1993, prescribe que solo es posible trasladarse de régimen pensional cada 5 años contados a partir de la selección inicial, prohibiendo el traslado del afiliado cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad, para tener derecho a la pensión de vejez.

Señaló que, la doctrina ha elaborado un conjunto de obligaciones especiales con específica evidencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión financiera como lo es la Administradora de Pensiones que emanan de la buena fe como el de transparencia, vigilancia y el deber de información. Acotando que, la información debe comprender todas las etapas del proceso desde la antesala de la

afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, y que la gestora tiene el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad

Señaló que, para que se produzca un traslado de RPMPD al RAIS es necesario que conste que la selección del régimen se ha realizado de manera, libre, espontánea y sin presiones, lo que incluye que la administradora de pensiones informe de manera clara al afiliado, de la posibilidad de retractarse del traslado; de no cumplirse con esta solemnidad éste será inexistente.

Consideró que, el engaño no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

Advierte que la solicitud de vinculación de la administradora de pensiones firmado por el demandante no implica que el traslado se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones, puesto que se echa de menos la falta de información veraz y suficiente, de conformidad con lo reiterado por la Sala de Casación Laboral en sentencias SL1688-2019, SL 3989-2018, SL 1452-2019, SL 373-2021 y SL3871-2021.

Así las cosas, consideró que Colfondos y posteriormente Porvenir SA estaban en la obligación de informar al afiliado sobre las posibles consecuencias que implicaría trasladarse del régimen de prima media con prestación definida hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo carga suya demostrarlo, empero no lo hicieron. De ahí que, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante del ISS a Porvenir S.A., condenando a esta última a devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes

destinados a conformar el Fondo de Garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros provisionales con cargo a sus propias utilidades debidamente indexados, tal como lo disponen las sentencias SL-1421 del 2019, SL-17595 del 2017, SL-4989 del 2018, SL- 4360 del 2019 y SL-5670 del 2021.

Precisó que, no es posible eximir a Colfondos de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas al demandante por concepto de gastos de administración y comisiones mientras estuvo afiliado a dicho fondo, dado que la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones 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.

Señaló que, la ineficacia de traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociado al derecho fundamental en cuestión, y que por lo tanto su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en material laboral.

Finalmente, impuso costas y agencias en derecho en contra de las demandadas Colfondos y Porvenir.

4.1.- La AFP Porvenir apeló la decisión de instancia, insistiendo en que la afiliación realizada por el demandante en el año 2003 no adolece de ningún vicio, y de haber existido, este se encuentra saneado por el paso del tiempo y la ratificación de los actos jurídicos realizados, resultando inverosímil que luego de 20 años de permanencia en el fondo, la parte actora pretenda retrotraer y dejar sin efecto el traslado alegando omisión de información por parte de la entidad.

Alega que no es de recibo que el demandante alegue omisión, en el entendido que las asesorías que brindaba la gestora, para la época de la vinculación, se hacían de manera verbal puesto que no existía medio que pudiera captar de manera fidedigna las asesorías suministradas a los afiliados, para ser aportadas a los procesos, por lo que itera que

actúo con respeto y apego al principio de la buena fe conforme a la normatividad vigente.

Respecto a la condena impuesta, señala que en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización para financiar los gastos de administración de pensión de invalidez y sobrevivientes, los cuales no hacen parte integral de la pensión de vejez, estando sujetos a la prescripción. Resalta que la rentabilidad que se genera en la cuenta de ahorro individual se debe a una buena ejecución en la función de administración en cabeza de la gestora de fondos de pensiones, es decir, que gracias a dicha gestión la cuenta de ahorro individual se ha incrementado en un determinado porcentaje aquello que no hubiera sido posible si el actor se encontrara cotizando en el régimen de prima media.

Alega que, Porvenir cumplió con los deberes que le correspondían por disposición normativa y jurisprudencial, sin que existiera omisión de información, por cuanto la parte actora realizó su vinculación de manera libre y voluntaria, aunado a que, al encontrarse el actor incurso en la prohibición que ordena la ley no hay lugar a autorizar el traslado que pretende.

4.2.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, presentó recurso de apelación, con fundamento en el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la ley 797 en 2013, al igual que la sentencia emanada de la Corte Constitucional sentencia SU-130 del 13 de marzo de 2013, sentencia C-789 de 2002, sentencia C-1024 de 2004, sentencia C-062 de 2010, sentencia T-168 de 2009, mediante el cual se han dejado sentados los parámetros y los requisitos para que una persona pueda regresar al régimen de prima media, los que dice no se encuentran cumplidos por el actor.

Por lo que solicita que se revoque la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de esta demanda.

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 imponer la condena en costas a cargo de esta gestora.

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

- Que Miguel Castrillo Martínez se afilió en pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD el 19 de julio de 1985 a través del extinto Instituto de Seguros Sociales.

- El señor Miguel Castrillo Martínez se vinculó a Colfondos Pensiones y Cesantías desde septiembre de 1996.
- El demandante solicitó vinculación o traslado a la AFP Porvenir, el 28 de octubre de 2003, proveniente de Colfondos, la que se hizo efectiva desde el 1 de diciembre del mismo año.

- El 3 de julio de 2019 el demandante solicitó a Colpensiones y a Porvenir declarar ineficaz el traslado realizado del RMPPD al RAIS, obteniendo respuestas negativas adiadas 9 y 16 de julio, respectivamente.

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 Colfondos S.A., en septiembre de 1996, y posteriormente el 1 de diciembre de 2003 se trasladó a la AFP 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 Colfondos 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 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, en septiembre de 1996, la obligación de la AFP Colfondos 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 literal 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 Colfondos 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, en el presente caso no se acreditó que las gestoras pensionales del RAIS hubieran cumplido con el deber de información que les incumbía.

Ahora bien, Porvenir S.A. esgrime en su favor que el actor permaneció un tiempo prolongado en el RAIS, y solo ahora alega la falta de información al momento del traslado, 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.

Adviértase además que, no se encontró acreditado que Miguel Castrillo Martínez hubiera recibido información cierta, veraz y cualificada de las implicaciones del traslado de fondo, por lo que la permanencia en la AFP Porvenir no es sinónimo de estar de acuerdo con las condiciones que le brindaba esta gestora, puesto que no se evidenció que tuviera conocimiento de las mismas.

8.4.- Ahora bien, la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”, enfila su inconformidad alegando que el demandante no cumple con los requisitos para el traslado de régimen, a la luz del literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 2003, no obstante, tal argumento no es de recibo, como quiera que en el presente caso la pretensión no está dirigida a obtener el traslado de régimen, que es una figura instituida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sino la declaratoria de ineficacia de un traslado realizado años atrás, el que se encontraba viciado el consentimiento del demandante al momento de suscribir los formularios de solicitud de vinculación y/o traslado al RAIS, como quiera que no había recibido información clara, completa, cierta y oportuna respecto que le permitiera contar con elementos necesarios para tomar una decisión respecto del régimen pensional que le convenía.

8.5.- 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 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).

8.6.- 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 Colfondos S.A., y trasladándose de ésta a la AFP Porvenir S.A., 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 Colfondos S.A., entidad que no es a la cual se encuentra vinculado actualmente el actor, sino que lo es la AFP Porvenir, por tratarse éstas entidades 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 trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de pensión mínima y los

valores utilizados en seguros provisionales con cargo a sus propias utilidades debidamente indexados, 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 primero, en el sentido de que Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones los aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, que se hicieron a ese fondo en los períodos en que estuvo afiliada, el porcentaje cobrado por comisiones, 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. 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 tercero de la sentencia apelada.

8.7.- Duele a Porvenir que se le imponga la condena de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, alegando en su favor que estos corresponden a la gestora del RAIS por su buena gestión. A este respecto, ha sido pacífica la postura del órgano de cierre de la jurisdicción laboral, respecto a que la consecuencia de la declaratoria de ineficacia da lugar al restablecimiento de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual de manera plena y retroactiva, así lo puntualizó en reciente sentencia SL4242-2022, en la que dijo:

“como la consecuencia de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado es precisamente retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de dicho cambio, a través de las restituciones mutuas que deben hacer las partes; en esa medida, cada contratante debe devolver al otro lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que

se deja sin efecto, por lo que el restablecimiento de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual debe ser plena y retroactiva, lo que incluye el reintegro a Colpensiones de las sumas cobradas por la AFP por concepto de gastos de administración, además de los aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a ese fondo en el tiempo que estuvo afiliada la actora. Igualmente, el porcentaje cobrado por comisiones, 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, durante el tiempo en que la demandante estuvo vinculada a esa administradora.” (subrayas propias)

De conformidad con la providencia transliterada, la orden de trasladar los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual y los demás emolumentos reseñados, incluidos los gastos de administración, no transgrede el orden jurídico, sino que corresponde a la consecuencia de la declaratoria de ineficacia y su consecuente devolución a la parte afectada del negocio jurídico que se dejó sin efecto, máxime que, no se puede desconocer que la AFP no habría accedido a dicho emolumento de no ser por la realización del traslado realizado por el demandante, el que como ya se dijo, resultó ineficaz por encontrarse viciado el consentimiento del actor.

Por tanto, resulta acertada la decisión del juez de primer nivel de ordenar el traslado de dichas sumas de dinero a Colpensiones, a fin de retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban con anterioridad al traslado de régimen pensional de la parte actora.

8.8.- En lo atinente a la prescripción alegada por Porvenir S.A., se dirá que, de conformidad con el criterio de la Sala de Casación Laboral, esbozado entre otras, en sentencia SL4242-2022:

“la demanda tendiente a declarar la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible, en consideración a que la exigibilidad judicial de la seguridad social es de carácter inalienable, lo que implica no solo la posibilidad de ser «*justiciado*» en cualquier momento, sino también el derecho a obtenerlo a su entera satisfacción

(CSJ SL8544-2016 y CSJ SL1688-2019). Asimismo, dado su carácter de irrenunciable, no puede ser objeto de disposición por su titular (indisponible), ni abolido por el paso de los años (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable) (CSJ SL4360-2019, CSJ SL 2611-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL1467-2021 y CSJ SL1465-2021)”

Así las cosas, se confirmará la decisión del juez en este sentido.

8.9.- 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 demandante.

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 los ordinales primero y tercero de la decisión proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, el 12 de agosto 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 los ordinales primero y tercero de la sentencia proferida el 12 de agosto de 2022, el cual quedará así:

Primero: Declarar la ineficacia del traslado que el señor Miguel Castrillo Martínez, hizo del Instituto de Seguros Sociales - ISS a la Administradora de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., y posteriormente a Porvenir S.A., esta última, por virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones, deberá trasladar a ésta, los aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, que se hicieron a ese fondo en los períodos en que estuvo afiliada, el porcentaje cobrado por comisiones, 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. 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.

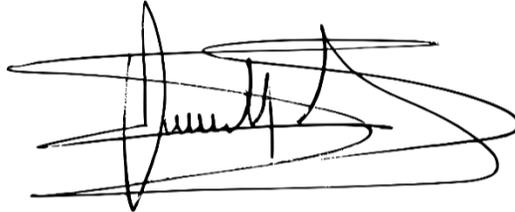
Tercero: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que active la filiación del demandante Miguel Castrillo Martínez y reciba por parte de Porvenir S.A., los aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, que se hicieron a ese fondo en los períodos en que estuvo afiliada, el porcentaje cobrado por comisiones, 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. De conformidad a lo ordenado en el numeral primero de esta providencia.

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