



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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
PROVIDENCIA:	APELACION DE SENTENCIA
RADICADO:	20001-31-05-004-2022-00043-01
DEMANDANTE:	CARLOS ARMANDO GAMEZ MENDOZA
DEMANDADA:	AFP PORVENIR S.A. Y OTROS

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 24 de octubre de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Carlos Armando Gámez Mendoza contra la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Colfondos Fondo de pensiones y cesantías en Colombia, y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

ANTECEDENTES

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

1.1.- La ineficacia del traslado que el señor Carlos Armando Gamez Mendoza efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida “RPMPD” administrado por el Instituto de Seguros Sociales “ISS” hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad “RAIS” de Colfondos, el 10 de noviembre de 1995.

1.2.- Que se declare la ineficacia del traslado horizontal que el demandante realizó de la AFP Colfondos S.A. a Porvenir S.A., firmado el 11 de mayo del 2000.

1.3.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la AFP Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado por el demandante en su cuenta de ahorro individual, como lo son cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales a la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es con los rendimientos que se hubieren generado, hasta el momento en que quede ejecutoriada la sentencia que así lo disponga, y a asumir las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez.

1.4.- Que se condene a Colpensiones, a recibir por parte de Porvenir S.A., la totalidad de lo ahorrado por el demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, en caso que resulte inferior al monto del aporte legal correspondiente, si hubiese permanecido en el régimen de prima media.

1.5.- Que se condene a las demandadas en costas y agencias en derecho.

2.- Como fundamento de lo pretendido, relató:

2.1.- Que Carlos Armando Gámez Mendoza, nació el 21 de febrero de 1959 y empezó a cotizar al Sistema General de Pensiones a partir del 28 de mayo de 1988, en el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones.

2.2.- Que el 10 de noviembre de 1995, el demandante fue trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD administrado por el Instituto de Seguros Sociales – ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, administrado por Colfondos S.A.

2.3.- Que el asesor de Colfondos S.A., le propuso al actor, que se trasladara a ese fondo, ofreciéndole pensiones con beneficios que jamás se cumplirían, y sin proporcionarle información completa y comprensible de las diferentes alternativas, así como beneficios e inconvenientes respecto a los dos regímenes pensionales.

2.4.- Que Carlos Armando Gámez Mendoza se trasladó a la AFP Colfondos debido a las manifestaciones realizadas por el ejecutivo de cuenta de esa gestora.

2.5.- Que el 11 de mayo de 2000 se trasladó de Colfondos S.A., a la AFP Porvenir S.A., mediante la suscripción de un formulario de afiliación.

2.6.- El 8 de septiembre de 2021 radicó ante Porvenir S.A., solicitud de traslado del RAIS al RPMD, obteniendo respuesta negativa el 29 de septiembre de la misma anualidad.

2.7.- El 26 de octubre de 2021 solicitó a Colpensiones, declarar la nulidad de la afiliación realizada al RAIS, la que le fue absuelta de manera negativa, en fecha 17 de noviembre de 2021.

TRÁMITE PROCESAL

3.- El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar – Cesar, admitió la demanda mediante auto del 10 de marzo de 2022, disponiendo notificar y correr traslado a Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A., las que se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1.- 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) falta de legitimación en la causa por pasiva, iii) prescripción extintiva de la acción, iv) buena fe, v) innominada o genérica.

3.2.- La AFP Colfondos S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito: i) inexistencia del derecho y causa para pedir, ii) falta de legitimación en la causa por pasiva, y iii) buena fe y no procedencia de condenas en costas.

3.3.- 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, y iv) excepción genérica.

3.4.- El 20 de septiembre de 2022, se dio inicio a la audiencia del artículo 77 del Código Procesal de Trabajo, en la que se declaró clausurada la etapa 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.

3.5.- El 24 de octubre de 2022, tuvo lugar la audiencia de que trata el artículo 80 del Código Procesal de Trabajo, 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 del régimen pensional que el demandante Carlos Armando Gómez Mendoza efectuó el día 10 de noviembre de 1995, el cual se hizo efectivo el día 1 de diciembre del mismo año, del antiguo Instituto de Seguro Social, hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., y como consecuencia de ello, se entiende que, para todos los efectos legales el demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante señor Carlos Armando Gómez Mendoza, 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, con cargo a sus propias utilidades debidamente indexados, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los valores correspondientes a los gastos de administración y comisiones, debidamente indemnizados con cargo a sus propias utilidades, del tiempo en que estuvo afiliado el demandante en dicho fondo administrador de pensión.

Cuarto: CONDENAR a Colpensiones a que reactive la afiliación del demandante Carlos Armando Gómez Mendoza y reciba por parte de la Administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir, la totalidad

de lo ahorrado por dicho demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos financieros y todo lo que se ha ordenado y deba ser trasladado por la demandada Porvenir a Colpensiones.

Quinto: ORDENAR a Colpensiones que reciba por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., los valores correspondientes a los gastos de administración y comisiones, debidamente indexados con cargo a su propia utilidad, del tiempo en que tuvo afiliado el demandante en dicho fondo privado administrador de pensiones.

Sexto: DECLARAR no probadas las excepciones perentorias que fueron opuestas por las demandadas Colpensiones, Colfondos y Porvenir en contra de las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Séptimo: CONDENAR en costas a la Administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., para tales efectos se señala como agencias en derecho la suma de 1.500.000 pesos, valor que debe ser cancelado por las demandadas en partes iguales.

Octavo: En caso de no ser apelada esta sentencia, por ser Colpensiones una de las condenadas y tratarse de una entidad pública se ordena su consulta ante el Tribunal Superior del distrito judicial de Valledupar en caso de no ser apelada por el apoderado judicial de Colpensiones.

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, de conformidad con el art 13 de la ley 100 de 1993, y que, en el evento de desconocerse ese derecho en cualquier forma se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 271 ibidem, tornando ineficaz la vinculación.

Señaló que, la afiliación libre y voluntaria presupone conocimiento, lo cual solo es posible si se tiene conocimiento a plenitud de las consecuencias de su decisión, por lo que la carga de suministrar información completa y comprensible corresponde a la administradora del fondo de pensiones. 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 personal, y que la gestora tiene el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría que se ha de salvar

entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad

Expuso que, se encuentra demostrado que el demandante solicitó su traslado de régimen pensional del Régimen de Prima Media con Prestación Definida “RPMPD” al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad “RAIS” administrado por Colfondos, el 10 de noviembre de 1995, sin que exista prueba que acredite que la demandada hubiese dado al actor la información suficiente, clara, completa y comprensible de las implicaciones del traslado de régimen pensional, por lo que concluye que, ese hecho trae como consecuencia la ineficacia del traslado realizado.

Determinó que, dado que el demandante se trasladó de Colfondos a Porvenir, corresponde ordenar a esta última administradora trasladar 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 destinado a conformar el Fondo de Garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a su propia utilidad debidamente indexados tal como lo ha dispuesto la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia como la SL 1421 de 2019 SL 17595 del 2017, SL4989 de 2018 SL 4380 de 2019 y SL 5680 de 2021.

Con respecto a las excepciones, declaró no probadas las propuestas por las demandadas, y finalmente impuso costas y agencias en derecho a favor del demandante y en contra de Colfondos y Porvenir S.A.

4.1.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, presentó recurso de apelación, aduciendo que la afiliación realizada por el demandante al RAIS goza de validez, puesto que se cumplió con la normativa vigente para la época. Agrega que, Colpensiones nunca participó en el traslado, y pese a ello, actualmente está llamada a afrontar una carga prestacional como consecuencia de la ineficacia de la afiliación al RAIS.

Esgrime que, en el evento en que sus argumentos resulten desestimados se ordene trasladar en su totalidad a esa gestora, la totalidad de los fondos establecidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, debidamente indexados, a efectos de mantener el poder adquisitivo constante de los recursos destinados a pensiones, en virtud del principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

4.2.- La AFP Porvenir apeló la decisión de instancia, solicitando su revocatoria, en el entendido que la afiliación surtida a consecuencia del traslado horizontal a Porvenir no adolece de ningún vicio, y de haber existido este se encuentra saneado por el paso del tiempo con la ratificación de los actos jurídicos realizados por el demandante.

Alega que, resulta inverosímil que transcurridos 7 años después de realizar el traslado de régimen y luego vinculado a la AFP Porvenir, donde ha permanecido, pretenda obtener un traslado prohibido por la ley vigente. Agrega, que el interrogatorio de parte que absolvió el demandante, acredita que el traslado se realizó bajo los parámetros de su capacidad legal, de forma libre e informada.

Esgrime que el error que alega el afiliado no se encuentra acreditado, resaltando 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, por lo que la mera aseveración de falta de información deprecada por la demandante no es conducente para probar los hechos que refiere.

Arguye que tampoco se tiene en cuenta el 9 del Código civil, según el cual 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, por lo que la parte que lo cometió debe asumir las consecuencias de su celebración.

Respecto a la devolución de rendimientos y cuotas de administración precisó 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 del año 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.

Agrega que, en relación a los gastos de administración, al no corresponder a valores que pertenecen a ese afiliado en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez, no puede predicarse su imprescriptibilidad característica de que goza el derecho pensional, esto sujeto del fenómeno previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el 151 del código de procedimiento de trabajo y Seguridad Social.

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.

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.

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

- Que Carlos Armando Gámez Mendoza se afilió en pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD, el 28 de mayo de 1988, a través del extinto Instituto de Seguros Sociales.

- El 10 de noviembre de 1995 el demandante solicitó vinculación a la Administradora de Fondo de Pensiones Colfondos S.A., la que se hizo efectiva a partir del 1 de diciembre del mismo año.
- El 11 de mayo de 2000, Carlos Armando Gámez Mendoza, solicitó traslado a Porvenir S.A, la que se hizo efectiva a partir del mes de junio de la misma anualidad.
- El 8 de septiembre de 2021, el señor Gámez Mendoza solicitó a Porvenir S.A., declarar la ineficacia del traslado realizado del RPMPD al RAIS, recibiendo respuesta el 29 de septiembre de 2021 negando lo solicitado.
- El 26 de octubre de 2021, el actor presentó solicitud ante Colpensiones a fin de que se le permitiera retornar al RPMPD, obteniendo respuesta negativa de la gestora el 17 de noviembre del mismo año.
- El 18 de diciembre de 2021, el demandante presentó petición a Colfondos S.A., en la cual solicitaba la declaratoria de nulidad de la afiliación realizada, obtenido respuesta negativa el 23 de diciembre de 2021.

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.P.M.P.D. el 28 de mayo de 1988, y posteriormente, el 1 de diciembre de 1995 se trasladó al R.A.I.S. administrado por Colfondos S.A., y el 11 de mayo de 2000 realizó un traslado horizontal 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.

Adviértase que, si bien obra el formulario de afiliación al R.A.I.S. suscrito por el demandante el 10 de noviembre de 1995, de éste lo que se puede extraer es, simplemente la fecha de su diligenciamiento y los datos personales y laborales de la afiliada, así como el nombre de sus beneficiarios.

De manera tal que, únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de la interesada con una fórmula pre-impresa en la casilla destinada para la firma, sin que del mismo pueda concluirse que Porvenir S.A. hubiera 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 le correspondía.

Tampoco es admisible el argumento de que el señor Carlos Armando Gámez Mendoza firmó el formulario de afiliación consciente de la implicación y efectos del traslado, pues como se explicó en precedencia, la libertad presupone un conocimiento pleno sobre las consecuencias de una decisión, puesto que al tenor de lo reseñado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“sin información suficiente no hay autodeterminación”*, máxime que la demandada no logró demostrar haber cumplido con la obligación de informar debidamente al demandante de las implicaciones de su decisión.

Por tanto, 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 acumulativa	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 perjudicarle
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 10 de noviembre de 1995, la obligación de la AFP Colfondos 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 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 planteada por Porvenir S.A. y Colpensiones, 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, escuchado el interrogatorio de parte realizado al demandante, no se advierte que éste haya recibido información por parte de las AFP respecto a las implicaciones del traslado de régimen del RPMPD al RAIS, por el contrario, es claro al señalar que no recibió ningún tipo de información que le permitiera entender las consecuencias del traslado que estaba realizando. Así mismo, la decisión de trasladarse de fondo dentro del mismo régimen no implica que el demandante tuviera un conocimiento calificado que le permitiera decidir la conveniencia de permanecer en éste.

Así pues, 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.

Además, no se encontró acreditado que Carlos Armando Gámez Mendoza 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.- 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, 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).

8.5.- 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 devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante señor Carlos Armando Gómez Mendoza, 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 con cargo a su propia 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 segundo, 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 afiliado Carlos Armando Gámez Mendoza, 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 afiliada 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.

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.

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 segundo de la decisión proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, el 6 de abril 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 segundo de la sentencia proferida el 24 de octubre de 2022, el cual quedará así:

Segundo: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual,

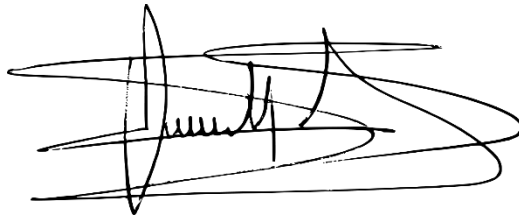
que se hicieron a ese fondo en los períodos en que estuvo afiliado Carlos Armando Gámez Mendoza, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada 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, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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