



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
PROVIDENCIA: APELACION DE SENTENCIA
RADICADO: 20001-31-05-001-2020-00207-01
DEMANDANTE: WILDER ENRIQUE ARIAS ÁVILA
DEMANDADA: AFP PORVENIR S.A. Y OTRO

MAGISTRADO PONENTE: ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Valledupar, veintiuno (21) 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 28 de enero de 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Wilder Enrique Arias Ávila contra la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

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 o ineficacia del traslado de régimen pensional del señor Wilder Enrique Arias Ávila, el cual se efectuó el 1 de abril de 1995 de Colpensiones a Porvenir.

1.2.- Que se condene a Porvenir a realizar el traslado a Colpensiones de la totalidad de lo ahorrado por el demandante en su cuenta de ahorro individual, el bono pensional, los rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas, desde el 1 de abril de 1995 hasta la fecha en que se traslade a Colpensiones.

1.3.- Que se ordene a Colpensiones que una vez Porvenir dé cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a activar la afiliación del demandante.

1.4.- Condenar en costas a las entidades demandadas.

2.- Como fundamento de lo pretendido, relató:

2.1.- Que Wilder Enrique Arias Ávila comenzó su vida laboral desde el año 1990, cotizando en Colpensiones.

2.2.- Que el 1 de abril de 1995 se trasladó a Porvenir, debido a que un asesor de esa entidad lo convenció de realizar el traslado de fondo pensional.

2.3.- Que el traslado se realizó sin que mediara asesoría, información o explicación alguna al demandante, acerca de las consecuencias, ventajas o desventajas de ese traslado de régimen.

TRÁMITE PROCESAL

3.- El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar – Cesar, admitió la demanda mediante auto del 16 de junio de 2021, disponiendo notificar y correr traslado a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, las que se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1.- La Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dio contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda, planteando 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) innominada o genérica.

3.3.- El 26 de enero 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. Seguidamente se instaló la audiencia de trámite y juzgamiento en la que se practicaron las pruebas decretadas y se escucharon los alegatos de conclusión.

3.4.- El 28 de enero de 2022 se reanudó la audiencia de trámite y juzgamiento en la que se profirió la sentencia que hoy se revisa.

LA SENTENCIA APELADA

4.- La juez de instancia resolvió:

Primero: Declárese la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro con Solidaridad, del señor Wilmer Enrique Arias Ávila, a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Segundo: En consecuencia, Porvenir S.A. deberá entregar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de Wilmer Enrique Arias Ávila, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses.

Tercero: Declárense no probadas las excepciones de mérito propuestas por Porvenir S.A. y Colpensiones EICE.

Cuarto: Negar la petición subsidiaria de Colpensiones, por las razones expresadas.

Quinto: Condenar en costas a Porvenir, tásense por Secretaría.

Como consideraciones de lo decidido, adujo la sentenciadora de primer nivel que, los fondos de pensiones además de las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, también debe cumplir con los deberes de vigilancia, transparencia e información, y que la firma de un formulario al igual que las afirmaciones consignadas en formatos pre impresos no son suficientes para dar por demostrado el consentimiento informado, por lo que al no encontrarse acreditado el consentimiento informado para el cambio de régimen pensional, este se entiende ineficaz, tal como lo

ha expuesto la Sala de Casación Laboral en sentencia SL799-2022, y SL19447 de 2017, entre otras.

Expone que, si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, y por tanto es el fondo demandado el que debe probar que sí otorgó la información pertinente sobre las características del régimen de ahorro individual y los beneficios del mismo.

Adujo que, en el presente asunto el demandante alega que al momento del traslado no recibió asesoría completa, suficiente y oportuna sobre las consecuencias y ventajas o desventajas del traslado de régimen, y como la gestora Porvenir S.A. no logró acreditar haber cumplido con su deber de información, de ello se concluye ineficaz el traslado realizado del RPMPD al RAIS.

Concluyó declarando prospera la pretensión de ineficacia de la vinculación del demandante a la AFP Porvenir S.A., aclarando que, dado que aún no se le ha reconocido su derecho pensional y antes de su afiliación a la gestora privada estaba afiliado al Instituto de Seguros Sociales, empresa que ya fue liquidada y solo subsiste frente a la administración del régimen de prima media con prestación definida Colpensiones, es esta entidad la que debe recibir como afiliado al demandante.

Agrego que, corresponde a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor y sus rendimientos, sumas adicionales bonos pensionales y con cargo a sus recursos lo recibido por comisiones y gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima durante todo el tiempo que Wilder Enrique Arias Ávila, estuvo afiliado a dicha entidad, sumas que deberán pagarse debidamente indexadas.

Declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, incluida la de prescripción, puntualizando que la

jurisprudencia ha determinado su improcedencia en materia de Seguridad Social como quiera que el término preclusivo resulta regresivo y contrario al ordenamiento superior concretamente, contrario a los principios consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política que ampara la Seguridad Social como un derecho irrenunciable.

Negó la pretensión de Colpensiones de obtener un término de 10 meses para cumplir lo ordenado en la sentencia, en el entendido que la obligación solo consiste en recibir las cotizaciones y demás conceptos relacionados.

Finalmente, condenó en costas a Porvenir S.A. y a Colpensiones por haber sido vencidas en el proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso.

4.1.- La AFP Porvenir, interpuso recurso de apelación alegando haber cumplido todas las obligaciones para con el demandante, a fin de que este tomara una decisión libre e informada, sin vicios de consentimiento. Esgrime que el traslado pretendido por el actor le generaría un perjuicio, puesto que probablemente no tendría acceso a una pensión, teniendo en cuenta que le faltan 15 años de cotización, y que cuenta con 57 años de edad, por lo que expone que esta gestora pensional está más acorde a sus necesidades y posibilidades.

Aduce que, durante el tiempo que el demandante permaneció en Porvenir no presentó ninguna petición, queja o reclamo que indicará su desacuerdo con el servicio prestado, o que desconocía la información pertinente.

De otra parte, alega que, en caso de confirmarse la sentencia de instancia, las únicas sumas a trasladar a Colpensiones son las correspondientes a los aportes y rendimientos que se encuentran en la cuenta individual del demandante, y que, de ordenar una suma distinta, implicaría un enriquecimiento ilícito en cabeza de Colpensiones, puesto que el literal e del artículo 13 de la Ley 100 del 93, establece los conceptos que deben ser trasladados.

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.

Finalmente, se duele de que, 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 ha actuado de buena fe y acorde a derecho, razón por la cual considera que no hay lugar a una condena en costas.

4.2.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, apeló la decisión de instancia, insistiendo en que el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez, y que la afirmación de vicio del consentimiento del traslado de régimen suscrito el 8 de marzo de 1995 así como la omisión de información vital, debe probarse.

Alega que, conforme al art. 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 del 93, después de un año de la vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, y que teniendo en cuenta que el 12 de julio de 2021 fecha de la admisión de la demanda, el demandante contaba con 56 años de edad, de ello deviene la imposibilidad de trasladarse de régimen.

Esgrime su inconformidad en cuanto a la condena en costas, en el entendido que actuó de buena fe, y que la mala fe debe demostrarse, enfatizando que en este caso se le atribuyen supuestos errores a Porvenir, más no se le imputa omisión alguna a Colpensiones.

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 la juez de primera instancia, en declarar la ineficacia del traslado de la 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 al pago de costas procesales.

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

- Que Wilder Enrique Arias Ávila se afilió en pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD el 1 de junio de 1990.
- El demandante solicitó vinculación y/o traslado de Régimen para el Fondo de Pensiones Porvenir S.A., el 8 de marzo de 1995, la que se hizo efectiva el 1 de abril del mismo año.
- El 20 de febrero de 2020, el demandante solicitó a Colpensiones y a Porvenir, declarar ineficaz el traslado realizado del RMPPD al RAIS,

obteniendo respuestas negativas adiadas 25 de febrero y 1 de abril de 2020, 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 obra el formulario de afiliación al R.A.I.S. suscrito por el demandante el 8 de marzo de 1995, de éste lo que se puede extraer es, simplemente la fecha de su diligenciamiento y los datos personales y laborales del afiliado, así como el nombre de sus beneficiarios.

De manera tal que, únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso del interesado 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 Wilder Enrique Arias Ávila realizó la afiliación de manera libre y consciente, como lo alega Porvenir S.A., 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.

Así las cosas, si bien consta que el actor se afilió al R.A.I.S. administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías

Porvenir S.A., mediante formulario adiado 8 de marzo de 1995, y que su vinculación se hizo efectiva a partir del 1 de abril del mismo año, se echa de menos prueba que acredite que este fondo privado 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.

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:

Etapa 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 perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

consejo y doble asesoría.	Circular Externa n. 016 de 2016	
---------------------------	---------------------------------	--

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 8 de marzo de 1995, la obligación de la AFP Porvenir 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 Porvenir S.A. 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 Colpensiones y Porvenir S.A. respecto a que la afiliación no estuvo viciada, puesto que como ya se dijo, la gestora del fondo privado no demostró haber cumplido con el deber de información que le incumbía.

Ahora bien, 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 la demandante.

Adviértase además que, no se encontró acreditado que Wilder Enrique Arias Ávila 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, en 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 de la 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).

Así las cosas, la orden emitida por la Juez de instancia de ordenar a la AFP Porvenir entregar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, “todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de Wilmer Enrique Arias Ávila, tales como cotizaciones, bonos

pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses”, 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 de la sentencia apelada, 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 Wilder Enrique Arias Ávila, 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.- Duele a Porvenir S.A. la orden de primer grado, y alega en su favor que no se consideró que el traslado pretendido por el demandante le generaría un perjuicio puesto que probablemente no podría acceder a una pensión en el RPMPD, dado el tiempo que le falta para cotizar.

A este respecto, conviene señalar que, tal como se señaló en acápites anteriores, la pretensión de Wilder Enrique Arias Ávila recae en obtener la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado en el año 1995, es decir, que no se trata de un nuevo traslado, sino de retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de suscribir el formulario de afiliación a Porvenir S.A.

Por tanto, el análisis realizado se circunscribe a determinar si el traslado realizado del RPMPD al RAIS cumplía con las exigencias legales y jurisprudenciales para su aplicación, de ahí que no hay lugar a analizar

la conveniencia o no de uno y otro régimen, pues no hace parte del pedimento del demandante.

8.7.- 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 el ordinal segundo de la decisión proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, el 28 de enero 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 S.A., 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 28 de enero de 2022, el cual quedará así:

SEGUNDO: Ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a 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 Wilder Enrique Arias Ávila, el porcentaje cobrado

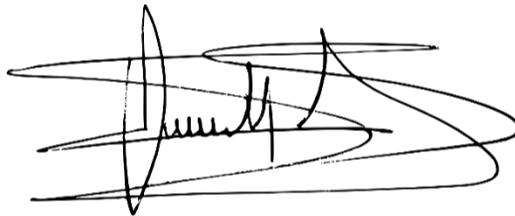
por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. 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. Se le ordena a Colpensiones que reciba las sumas antes indicadas.

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