



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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
PROVIDENCIA:	APELACIÓN DE SENTENCIA
RADICADO:	20001-31-05-004-2022-00008-01
DEMANDANTE:	HERNANDO DE JESÚS DUQUE SARMIENTO
DEMANDADA:	COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADO PONENTE: ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Valledupar, ocho (8) de noviembre 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 16 de diciembre de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Hernando De Jesús Duque Sarmiento contra la Sociedad Administradora de Fondos 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 ineficacia del traslado de régimen pensional del señor Hernando De Jesús Duque Sarmiento, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS.

1.2.- Como consecuencia de lo anterior se ordene a Porvenir S.A. la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de esa administradora de pensiones.

1.3.-Que se declare que el señor Hernando De Jesús Duque Sarmiento, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de su pensión de vejez a partir de la fecha en que acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 797 de 2003.

1.4.- Que se condene a la demandada a indexar las sumas de dinero que se reconozcan.

1.5.- Que se condene en costas y agencias en derecho; y lo que ultra o extrapetita se determine.

1.6.- De manera subsidiaria solicita que se condene a Porvenir S.A., a reconocer la indemnización de perjuicios, como mesada pensional, desde la fecha en que el demandante, cumpla los requisitos para ser beneficiario a su pensión de vejez, correspondiente al valor equivalente a lo que este hubiese recibido en el régimen de prima media que administra Colpensiones.

2.- Como fundamento de lo pretendido, relató:

2.1.- Que el señor Hernando De Jesús Duque Sarmiento nació el 12 de marzo de 1995, y a partir del 23 de agosto de 1983 se vinculó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a través del ISS, hoy Colpensiones, donde estuvo afiliado hasta el 31 de diciembre de 1994.

2.2.- Que el 11 de enero de 1995 optó por trasladarse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, como consecuencia de la información que le suministro el representante comercial de Porvenir S.A., quien le sostuvo que al ISS lo iban a liquidar y que la única opción que le quedaba para obtener una pensión era afiliarse al RAIS administrado por su representado.

2.3.- Que el representante de Porvenir S.A., sin hacerle una proyección del valor de las mesadas pensionales, le garantizó que podría obtener una renta mensual igual o superior a la que obtendría con el Instituto de Seguro Social, hoy Colpensiones, ya que el régimen de ahorro individual no exigía el cumplimiento de una edad específica y mucho menos de un número indeterminado de semanas cotizadas.

2.4.- Que el 7 de septiembre de 2021, solicitó a Porvenir la proyección de la pensión de vejez, tanto en el RPMPD como en el RAIS, obteniendo respuesta negativa a su solicitud.

2.5.- Que no le fue informado del monto del capital requerido para acceder a la pensión anticipada, ni que, si no lograba el capital necesario para adquirir la pensión, obtendría la devolución de sus saldos al cumplir 62 años.

2.6.- Que presentó petición ante Colpensiones el 11 de diciembre de 2021, cumpliendo el requisito de procedibilidad.

TRÁMITE PROCESAL

3.- El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar – Cesar, admitió la demanda mediante auto del 13 de junio de 2022, 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 fondo: 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) inexistencia de las obligaciones reclamadas, ii) falta de legitimación en la causa por pasiva, iii) prescripción extintiva de la acción, iv) buena fe, v) buena fe, e vi) innominada o genérica.

3.3.- El 9 de diciembre 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.

3.4.- El 16 de diciembre 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 de régimen pensional que el demandante Hernando De Jesús Duque Sarmiento, efectuó el día 1º de enero del año 1999, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del extinto Instituto de Seguros Sociales – ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo: Declarar que para efectos pensionales, el demandante Hernando De Jesús Duque Sarmiento, continúa afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, antes, Instituto de Seguros Sociales – ISS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero: Ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la devolución a Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas estuvieron en poder de esa administradora de pensiones, que corresponden al demandante Hernando De Jesús Duque Sarmiento.

Cuarto: Ordenar a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, recibir la devolución que debe realizar la demandada Porvenir S.A., de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas estuvieron en poder de esa administradora de pensiones, correspondientes al demandante Hernando De Jesús Duque Sarmiento, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

Quinto: Absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de las restantes pretensiones de la demanda que en su contra ha formulado el demandante Hernando De Jesús Duque Sarmiento, conforme a la parte motiva de esta providencia.

Sexto: Declarar no probadas las excepciones perentorias opuestas por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

Séptimo: Condenar en costas a la Administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A. y a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a favor del demandante Hernando De Jesús Duque Sarmiento, y en contra de las demandadas, los cuales se sufragarán así: 50% la demandada Porvenir S.A., es decir la suma de \$500.000, y el otro 50%, es decir la suma de \$500.000 la demandada 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, la carga de la prueba se encuentra en Porvenir y Colpensiones no solo porque se les atribuye el incumplimiento de obligación de información, sino por su facilidad para acceder a los medios para acreditar los hechos materia de prueba, y que en el presente caso 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 Porvenir, 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.

En consecuencia determinó que, corresponde ordenar a Porvenir el traslado a Colpensiones del 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.

Respecto al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, dijo que no es procedente porque Colpensiones en el momento de la solicitud directa del actor y en la actualidad no cuenta con información necesaria para determinar si se cumple o no con los requisitos necesarios para el reconocimiento pensional, ya que el convocante tiene todo lo referente a sus aportes a seguridad social en pensión, en la demandada Porvenir S.A., y solo hasta que esa administradora de pensiones traslade a Colpensiones los valores y tiempos aportados por el actor, es cuando Colpensiones contaría con la información necesaria para determinar el reconocimiento o no de la pensión de vejez al afiliado. Así el actor, a la fecha, no ha acreditado ante Colpensiones que cumple con los requisitos para acceder a la pensión, advirtiendo que tal pretensión debe ser resuelta primero en vía administrativa por Colpensiones, y una vez hecho esto, si el demandante se encuentra inconforme podrá acudir a la vía jurisdiccional.

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 Porvenir S.A. y Colpensiones.

4.1.- La AFP Porvenir, interpuso recurso de apelación manifestando su inconformidad por no haber autorizado a Porvenir a descontar el 3% de la cotización por concepto de gastos de administración que también existe en el RPMPD, y no se le ordenó al afiliado pagar por el tiempo

durante el cual estuvo afiliado a Porvenir y generarle los rendimientos obtenidos.

Que cuando se ordenó la devolución de los rendimientos, se configuró un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones, que recibe unos valores incrementados por la rentabilidad por conceptos que no están contemplados en el RPMPD.

Alega que no se debió condenar en costas a Porvenir S.A., puesto que no se encuentra legitimado para ordenar el traslado de manera administrativa o voluntaria, máxime que el demandante ya se encuentra inmerso en la prohibición legal.

4.2.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, apeló la decisión de instancia, argumentando que de acuerdo con la sentencia SU130-2013 al momento de resolver este tipo de asuntos se debe considerar el equilibrio financiero del sistema, lo que a su juicio no fue considerado por el Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado, por lo que solicita que se revoque la sentencia de instancia.

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 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, además de condenar en costas a la gestora privada.

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

- Que Hernando De Jesús Duque Sarmiento se afilió en pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD el 23 de agosto de 1983.

- El demandante solicitó vinculación y/o traslado de Régimen para la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la que se hizo efectiva en enero de 1999.

- El 24 de agosto de 2021, el demandante solicitó a Colpensiones y a Porvenir, concederle la “doble asesoría”, la que le fue negada por las gestoras bajo el argumento de que “se encuentra a menos de 10 años para pensionarse”.

- El 11 de noviembre de 2021, el actor presentó reclamación administrativa ante Colpensiones, en pos de obtener la “nulidad de la afiliación” (sic) al fondo privado.

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 demandante se trasladó al R.A.I.S. administrado por la AFP Porvenir, desde enero de 1999, se echa de menos prueba que indique 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.

Así las cosas, como la AFP Porvenir S.A., no logró acreditar el cumplimiento de su deber de información al accionante al momento en que se produjo el traslado de régimen pensional, de ello se extrae que fue esa la causa que lo llevó a tomar una decisión de traslado desconociendo sus consecuencias, de ahí que la omisión al deber de información en que incurrió la pasiva dio lugar a 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 enero de 1999, 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.

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 el demandante.

8.4.- Ahora bien, la AFP “Porvenir”, alega que el demandante no cumple con los requisitos para el traslado de régimen, por encontrarse inmerso en la prohibición legal, 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 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).

En virtud de ello, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, por lo que no le asiste razón a la AFP demandada al motivar su censura con el argumento de que el juzgador debió ordenar el pago de los gastos de administración y rendimientos causados en favor de la

gestora, acusando, igualmente, que la orden de entrega de esos dineros a Colpensiones constituye un enriquecimiento sin justa causa.

Respecto de lo cual es menester señalar que tal como se ha expuesto en precedencia, la Sala de Casación Laboral tiene sentado que los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado, son aquellos que ha establecido el artículo 1746 del Código Civil, de ahí que corresponda realizar la devolución de todos los conceptos que fueron cobrados por el administrador del fondo, lo que incluye los gastos de administración y de seguro previsionales, puesto que, en virtud de la ineficacia del traslado, el fondo de pensiones del RPMD deberá recibir los aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Así lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la CSJ SL4062-2021:

La declaratoria de ineficacia, hace que las partes, en lo posible, vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones

De la providencia transliterada, se extrae que la orden de instancia no constituye un enriquecimiento sin causa, sino que por el contrario se configura en una salvaguarda del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, puesto que, como ya se ha indicado, el acto de traslado de régimen pensional es ineficaz desde su origen, por lo que los aludidos recursos debieron ingresar al Régimen de prima media con prestación definida, dado que son estos los que soportarán financieramente el reconocimiento del derecho pensional.

Así las cosas, contrario a lo considerado por Porvenir e incluso por Colpensiones que acusa al sentenciador de desconocer el equilibrio financiero, lo cierto es, que a la luz de la jurisprudencia reseñada las medidas adoptadas como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, esto es, la devolución de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, así como los gastos de administración, primas de seguros previsionales, y porcentaje del fondo de garantía, permiten garantizar la sostenibilidad financiera del sistema.

Así las cosas, la orden emitida por el Juez de instancia de ordenar a la AFP Porvenir devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, “de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas estuvieron en poder de esa administradora de pensiones, que corresponden al demandante Hernando De Jesús Duque Sarmiento”, se torna acertada, por tanto los argumentos de la censura no están llamados a prosperar.

8.6.- Finalmente, 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, se trata de un imperativo legal que se impone al vencido en la litis, sin que haya lugar a analizar la razón (CSJ SL3661-2021). Así las cosas, los razonamientos de la pasiva direccionados a evitar la imposición de condena en costas no resultan de recibo.

9.- Dado que no existen otros reparos, esta Colegiatura procederá a confirmar la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, el 13 de junio de 2022, por las razones aquí expuestas. 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.

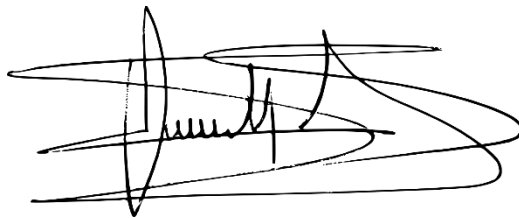
DECISIÓN

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:** CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 13 de junio de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar.

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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado Ponente



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado