



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
PROVIDENCIA: APELACION DE SENTENCIA
RADICADO: 20001-31-05-002-2020-00059-01
DEMANDANTE: AMARIS RAFAEL MANJARRES SARMIENTO
DEMANDADA: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADO PONENTE: ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Valledupar, trece (13) de julio de dos mil veintidós (2022)

Una vez vencido el traslado para alegar, atiende la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, las apelaciones de la sentencia de primera instancia proferida el 23 de noviembre de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Amaris Rafael Manjarres Sarmiento contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y Porvenir Pensiones y Cesantías S.A.

ANTECEDENTES

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

1.1.- La nulidad o ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir, realizado por el señor Amaris Manjarrez Sarmiento.

1.2.- Que se ordene a Porvenir Pensiones y Cesantías S.A., el regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS hoy Colpensiones, del señor Amaris Rafael Manjarrez Sarmiento.

1.3.- Que se ordene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la

aseguradora, con los rendimientos que se hubieran causado, especificando a que semanas corresponden los valores girados.

1.4.- Que se ordene a Colpensiones recibir y afiliarse al actor, y todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado, especificando a que semanas corresponden los valores girados.

1.5.- Que se declare que Amaris Rafael Manjarrez Sarmiento, tiene derecho a la pensión de vejez.

1.6.- Que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante, la pensión de vejez a partir del momento de la desafiliación del sistema; su inclusión en nómina de pensionados, el pago de las mesadas ordinarias y extraordinarias que se causen.

1.7.- Que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar el incremento del 14% por persona a cargo.

1.8.- Que se condene a Porvenir S.A. y a Colpensiones a pagar las costas.

2.- Como sustento de las pretensiones, expuso como fundamentos de hecho, lo siguiente:

2.1.- Que el demandante nació el 12 de julio de 1948, y al momento de presentación de la demanda cuenta con 71 años.

2.2.- Que el 1 de octubre de 1985 se afilió al ISS – hoy Colpensiones-, y para el 1 de abril de 1994 se encontraba afiliado al RPMPD.

2.3.- Que el 29 de agosto de 1995, la oficina de recursos humanos de la Alcaldía de Barrancas La Guajira (empleador) y el Fondo de pensiones Porvenir S.A. lo obligaron a firmar el formulario de afiliación y traslado al fondo Colpatria, hoy Porvenir.

2.4.- Que para el 1 de abril de 1994 contaba con más de 40 años y estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – R.P.M.P.D.-, por lo que al momento de traslado estaba amparado por el régimen de transición.

2.5.- Que Colpatria Sociedad Administradora de Pensiones, hoy Porvenir S.A., no le proporcionó información completa sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen, ni las modalidades pensionales del R.A.I.S., ni el capital que debía acumular para acceder a la pensión, solo le informaron que se pensionaría sin importar la edad.

2.6.- Que nunca tuvo intención de trasladarse del Instituto de los Seguros Sociales – ISS, puesto que desconocía el funcionamiento del sistema pensional, así como la existencia de los dos regímenes.

2.7.- Que es una persona poco letrada, que ocupa el empleo de celador de una Institución educativa desde hace más de 30 años, es decir, es un afiliado lego, por ello, Porvenir estaba en la obligación de proporcionarle información completa y comprensible.

2.8.- Que Porvenir S.A. no debió aceptar el traslado, porque para la fecha del traslado tenía expectativa de pensionarse con el acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición.

2.9.- Que el empleador del demandante, siempre le comunicó que la afiliación no se materializó y que sus aportes se realizaban en el ISS hoy Colpensiones, tal como consta en los desprendibles de nómina mensual, por lo que tenía la expectativa de pensionarse en el ISS.

2.10.- Que inició el trámite para pensionarse en Colpensiones, donde le informaron que los aportes se trasladaban a Porvenir porque fue trasladado a ese régimen.

2.11.- Que Porvenir le informó que cuenta con 1.579 semanas cotizadas, pero el capital ahorrado no le alcanza para pensionarse.

2.12.- Que el traslado de régimen es ineficaz.

2.13.- Que tiene cotizadas en Colpensiones 1.579 semanas y cumplió los 60 años el 12 de julio de 2008, cumpliendo con los requisitos para pensionarse con el acuerdo 049 de 1990.

2.14.- Que contrajo matrimonio el 25 de agosto de 1972 con la señora Diomedes Mercedes Solano Díaz, de cuya unión nacieron 8 hijos, conviviendo en el mismo techo desde hace más de 45 años.

2.15.- Que Diomedes Mercedes, es ama de casa, no recibe ingresos como empleada, ni pensión alguna, es beneficiaria en salud de Amaris Rafael Manjarrez Sarmiento, de quien depende económicamente, y le suministra sus alimentos, vivienda y vestido.

2.16.- Que el actor tiene derecho a que su pensión de vejez se incremente en un 14% por la dependencia económica de su cónyuge.

2.17.- Que el 17 de septiembre de 2018 solicitó a Colpensiones y a Porvenir S.A. declarar la nulidad del traslado de fondo de pensiones, regresarlo automáticamente al RPMPC, la devolución de los valores recibidos por Porvenir; además pidió a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, el retroactivo causado y el incremento pensional del 14%, sin obtener respuesta de las peticionadas.

TRÁMITE PROCESAL

3.- El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar – Cesar, admitió la demanda mediante auto del 23 de julio de 2020, disponiendo notificar y correr traslado a Colpensiones y a 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 excepción previa: falta de jurisdicción y competencia, por indebido agotamiento de la reclamación administrativa.

Además, planteó como excepciones de fondo: i) petición antes de tiempo, ii) inexistencia de las obligaciones reclamadas, iii) cobro de lo no

debido, iv) prescripción, v) falta de legitimación en la causa por pasiva, vi) buena fe, vii) innominada o genérica, y viii) compensación.

3.2. Porvenir S.A. se opuso 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.

3.3.- El 28 de octubre de 2021 tuvo lugar la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal de Trabajo, en la que, se declaró clausurada la etapa de conciliación; y se negó la excepción previa de “falta de jurisdicción y competencia, por indebido agotamiento de la reclamación administrativa” planteada por Colpensiones.

Al no encontrarse causal para invalidar lo actuado, se fijó el litigio, y, se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas.

3.4.- El 23 de noviembre de 2021, se realizó la audiencia de trámite y juzgamiento, establecida en el art. 80 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, a la que asistieron los dos extremos procesales, se escucharon los alegatos de conclusión y se profirió la sentencia que hoy se revisa.

LA SENTENCIA APELADA

4.- El juez de instancia resolvió:

Primero: Declarar la ineficacia del traslado que Amaris Rafael Manjarres Sarmiento, identificado con C.C. 5.152.210 hizo de Colpensiones a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., desde el 31 de agosto de 2005, conforme a la parte motiva. En consecuencia, Porvenir S.A., en virtud de la conservación del RPMPD, hoy administrado por Colpensiones, devolverá todos los valores que hubiere recibido o recaudado con motivo de la afiliación del actor que se declaró ineficaz, como cotizaciones, cuotas de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos que se hubieren causado o cualquier otro, especificando a que semanas corresponden los valores girados.

Segundo: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, el reconocimiento, liquidación y pago, de la pensión de vejez, a Amaris Rafael Manjarres Sarmiento, identificado con la Cédula de

ciudadanía No. 5.152.210, sus mesadas ordinarias y dos adicionales, a partir del 1 de agosto de 2018, con una mesada inicial de \$2.250.132, y su inclusión en nómina de pensionados, con los incrementos anuales y legales.

Tercero: Colombiana de pensiones – Colpensiones, cancelará al señor Amaris Rafael Manjarres Sarmiento, mesadas pensionales ordinarias y dos adicionales a partir del 1 de agosto de 2018, en cuantía de \$2.250.132, cuyo monto, hasta el 23 de noviembre de 2021, es de \$106.107.915.

Cuarto: La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones queda autorizada para realizar, de cada una de las mesadas a pagar, los descuentos que debe asumir el pensionado mensualmente al sistema de seguridad social en salud, con efectos retroactivos, desde la fecha en que la gestora debe asumir cada una de las mesadas.

Quinto: Las excepciones quedan resueltas conforme lo expuesto.

Sexto: Se imponen costas y agencias en derecho a favor de Amaris Rafael Manjarres Sarmiento, y en contra de Porvenir S.A., las que se tasan en 4% de las condenas.

Séptimo: De no ser apelada la presente sentencia, consúltese ante la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, por imponerse a Colpensiones la obligación de recibo de lo recaudado por Porvenir S.A. y el regreso de su afiliado Amaris Rafael Manjarres Sarmiento.

Como consideraciones de lo decidido, adujo el sentenciador de primer nivel que, el afiliado tiene libertad de escoger el régimen pensional con la posibilidad de trasladarse, y que dicho traslado será eficaz si se cumplen con las exigencias de la providencia SL 1688-2019 en relación al deber de información y asesoría, de acuerdo con el momento histórico en que se realizó.

Que la jurisprudencia del trabajo, ha entendido que la expresión libre y voluntaria del lit. b del art 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, por lo que no puede entenderse satisfecho tal requisito frente a una simple expresión genérica, de allí que desde el inicio haya correspondido a la AFP dar cuenta de que documentaron clara y eficientemente los efectos

que acarrearía el cambio de régimen so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Sostuvo que, en el caso de marras, consta que el demandante cotizó al RPMPD desde el 21 de abril de 1972, trasladándose al RAIS administrado por Porvenir el 31 de agosto de 1995, gestora que tenía la obligación legal de informar de manera clara, comprensible y suficiente al actor, de los pormenores que conllevaba el traslado, lo que no se acreditó. De ahí que declaró la ineficacia del traslado realizado por el actor a Porvenir, y en consecuencia la devolución de todos los valores recibidos por la gestora a causa de la afiliación ineficaz.

Seguidamente, expuso que de conformidad con la sentencia SL2324-2019 es posible estudiar la pensión de vejez simultáneamente con la declaratoria de ineficacia, y que en el presente asunto el actor era titular del régimen de transición del ISS, puesto que para el 1 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, precisando que conservó el aludido régimen, puesto que, cumplió con el requisito de contar con por lo menos 750 semanas a fecha 25 de julio de 2005.

Expone que el actor cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez contemplada en la Ley 71 de 1988, por lo que una vez realizadas las operaciones aritméticas se tiene que el valor de la primera mesada a 1 de septiembre de 2018 sería de \$1.875.511. Así mismo, señaló que también se cumplen los requisitos para acceder a una pensión bajo el Acuerdo 049 de 1990, cuya primera mesada correspondería a \$2.250.132, siendo esta última más favorable que la liquidada bajo la Ley 71 de 1988.

En consecuencia, concedió la pensión de vejez desde el momento de retiro del sistema del demandante, esto es, 1 de agosto de 2018 por una cuantía de \$2.250.132, acotando que el demandante cumple los requisitos para el reconocimiento de 14 mesadas anuales, de conformidad con el párrafo transitorio 6 del acto legislativo 01 de 2005.

Ordenó el pago del retroactivo pensional correspondiente a los años 2018, 2019, 2020 y 2021, y puntualizó que de conformidad con la

SU140-2019 no hay lugar a reconocer los incrementos pensionales solicitados, pues estos dejaron de existir a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, y fijó costas y agencias en derecho a favor del demandante y en contra de Porvenir, advirtiendo que no impondrá costas a Colpensiones porque no tuvo culpa de la omisión de la información y el reconocimiento de la pensión se encontraba supeditada a la declaratoria de ineficacia.

4.1.- La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., presentó recurso de apelación, alegando que la afiliación realizada por el actor en 1995 no adolece de ningún vicio, y que haber existido, este se encuentra saneado por el paso del tiempo y con la ratificación de los actos jurídicos realizados por el demandante; que resulta inverosímil que transcurridos 25 años el actor pretenda un traslado prohibido por la ley vigente, no existiendo razón legal para ordenar el traslado de aportes.

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

Alega que el art. 9 del Código Civil en virtud del cual la ignorancia de la ley no sirve de excusa, al igual que el art 1509 ibidem disponen que el error de derecho no da lugar a la nulidad del negocio jurídico, y que, por tanto, la parte que lo cometió debe asumir todas las consecuencias de su celebración.

Arguye que, la nulidad no puede ser declarada por vía administrativa, sino que tiene que ser estudiada por un Juez y declarada mediante

sentencia judicial, por lo que no es posible a través de la contestación de un derecho de petición determinar que el acto de traslado es nulo o ineficaz, 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.

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

La ley establece que los rendimientos pertenecen al fondo de reparto común porque en la práctica en Colpensiones los aportes realizados por los afiliados de hoy financian las pensiones actuales y la diferencia se financia con aportes de la Nación. Que, en el caso del actor si se hubiera afiliado a Colpensiones sus aportes hoy no tendrían rendimientos, razones por las cuales no deben ser devueltos los gastos de administración, lo que se refuerza con lo señalado por Superfinanciera en el concepto de prima de seguro provisional y comisión por administración.

Por otro lado, relacionado a los gastos de administración que corresponde a los valores que no pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales, en cuanto no financian la prestación de vejez no puede predicarse su imprescriptibilidad característica que causa el derecho pensional, están sujetos al fenómeno previsto en el art. 488 CST y el art 151 CPT.

Finalmente, solicitó revocar la sentencia de instancia y absolver a Porvenir.

4.2.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, presentó recurso de apelación, indicando que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de las asesorías que debió brindar al momento de la afiliación debe ser analizada bajo la normatividad vigente para la fecha de la suscripción del formulario o materialización del traslado, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento de traslado de régimen, pues tal exigencia transgrede el principio de confianza legítima, máxime que el art 29 de la Constitución Política establece que el debido proceso se aplicara a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales, y nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes pre existentes al acto que se imputa.

Alegó que, el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, que sin haber participado ni en la asesoría, ni en el trámite del traslado, ni en los hechos que dieron origen a la presente controversia, es quien hoy debe asumir el reconocimiento y pago de pensión de vejez del afiliado.

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

Respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, indicó que, el art 36 de la Ley 100 de 1993 estableció el régimen de transición para quienes a la fecha de entrada en vigencia de esa norma, acrediten 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios, permitiendo aplicar la edad para pensionarse, el número de semanas o tiempo cotizado, y el monto pensional del régimen anterior al que venía afiliado, empero en el presente caso, según la historia laboral del demandante no se cumplen los requisitos exigidos.

Agrega que, el acto legislativo 001 de 2005 dispuso que el régimen de transición no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen además tengan 750 semanas o su equivalente tiempo de servicio a la entrada en vigencia del mencionado acto legislativo, a los cuales se les mantendrá hasta el 31 de diciembre de 2014.

Que conforme lo anterior, el demandante no acredita 750 semanas con anterioridad al 25 de julio de 2005, y conforme a la historia laboral no cumple los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990 teniendo en cuenta que de conformidad con el art 2 de este Decreto tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los requisitos que son 60 o más años si es varón, o 55 o más años si es mujer, un mínimo de 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado 1.000 semanas de cotización en cualquier tiempo, requisitos que no se encontraron probados por la parte demandante.

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.

6.- Teniendo en cuenta los asuntos objeto de recurso, lo que debe determinar la Sala, es si tuvo razón el juez de primera instancia, en declarar la ineficacia del traslado del demandante al régimen pensional de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de ello ordenar la devolución a Colpensiones de todos los valores recibidos por Porvenir S.A. en los términos que lo hizo, así como el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por su Decreto reglamentario 758 de la misma anualidad.

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

- Amaris Rafael Manjarres Sarmiento nació el 12 de julio de 1948.

- Que Amaris Rafael cotizó al RPMPD desde el 21 de abril de 1972, trasladándose al RAIS administrado por Porvenir el 31 de agosto de 1995.

- El 17 de septiembre de 2018 el demandante solicitó a Colpensiones y a Porvenir S.A. declarar la nulidad del traslado de fondo de pensiones y regresarlo automáticamente al RPMPD, sin obtener respuesta.

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 actor el 13 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 de la interesada con una fórmula pre-impresa en la casilla

destinada para la firma, sin que del mismo pueda concluirse que Colpatria Pensiones y Cesantías -hoy 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 mismo, se advierte que, según lo manifestado por el demandante en el libelo genitor, no recibió información clara, precisa y veraz respecto a las implicaciones de su traslado del R.P.M.P.D. al R.A.I.S., por el contrario, señaló que la AFP Colpatria -hoy Porvenir- le habría manifestado solamente que al trasladarse se pensionaría sin importar la edad.

Puestas así las cosas, como la AFP Porvenir 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.

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	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

	laborales y autonomía personal	
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 agosto del año 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 de la firma del formulario de traslado de fondo, de ello deviene incumplida la obligación de información por parte del fondo de pensiones privado.

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

De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, **debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.**

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (CSJ SL1688-2019)

De la jurisprudencia transliterada, se extrae que en el presente asunto hay lugar a la inversión de la carga de la prueba, como quiera que el demandante alega un supuesto negativo, de ahí que sea la administradora de pensiones la llamada a desvirtuarlo mediante la demostración del hecho positivo contrario, esto es, acreditando haber suministrado la información que le exigía la normatividad al momento de ocurrencia del traslado,

empero en el presente caso la pasiva no lo acreditó, por tanto, no es admisible la censura de Porvenir S.A. respecto a que la afiliación no estuvo viciada, puesto que como ya se dijo, este fondo de pensiones no demostró haber cumplido con su deber de información.

Ahora bien, Porvenir S.A. esgrime en su favor que el paso del tiempo sana el vicio que hubiera podido producirse, puesto que el afiliado realizó su solicitud de retorno al RPMPD después de transcurridos 25 años de afiliación al R.A.I.S., agregando que las aseveraciones del demandante frente a la falta de información al momento de traslado no es conducente para probar los hechos que refiere, no obstante, esta Colegiatura debe precisar, que son los fondos de pensiones a quienes incumbe acreditar haber suministrado la información correspondiente a sus usuarios al momento de realizar la afiliación o traslado de régimen, por tanto, no puede imponerse al afiliado la carga de manifestar su inconformidad en un término determinado, máxime que es un asunto técnico que escapa de la órbita del conocimiento de una persona del común, razón por la cual son los fondos privados los obligados a brindar la asesoría cualificada para que el usuario determine su conveniencia o no, por tanto, la carga de la prueba recae sobre la pasiva no sobre el demandante.

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

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

De ello deviene que, resulta equivocado el análisis de este tipo de asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (SL1688-2019), razón

por la cual, se torna acertada la decisión de primer grado, en el sentido de indicar que lo procedente es declarar la ineficacia del traslado.

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 consecuencia, la orden emitida por el Juez de instancia de ordenar a la AFP Porvenir trasladar la totalidad de los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con sus rendimientos, especificando a que semanas corresponden los valores girados, se torna acertada, no obstante, de conformidad con el pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral es pertinente discriminarlos adecuadamente, por lo que se modificará la orden emitida en el ordinal segundo, en el sentido de que Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos.

De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

8.5.- De otra parte, Colpensiones enfila su censura en señalar que el actor no es beneficiario del régimen de transición, a efectos de reconocerle la pensión de vejez deprecada, toda vez que no acredita 750 semanas con anterioridad al 25 de julio de 2005, y conforme con la historia laboral no cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990.

Es pertinente señalar que la Ley 100 de 1993, estableció en el art. 36 el régimen de transición, en los siguientes términos:

La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

Vistas las documentales que reposan en el expediente, se tiene que el accionante, nació el 12 de julio de 1948, por tanto, a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones -1 de abril de 1994-, contaba con 45 años de edad y, además, el 12 de julio de 2008 cumplió 60 años

de edad; así mismo, al revisar su historia laboral, se constata que cuenta con 1.579 semanas válidas para pensión.

Conforme lo anterior, se observa que el demandante cumple con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, al contar con más de 40 años de edad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones. Por ello, el precepto anterior bajo el cual construyó su expectativa pensional, es el previsto en el Decreto 758 de 1990.

Así mismo, se evidencia que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 -29 de julio de 2005-, el actor contaba con más de 900 semanas cotizadas en pensiones, superando el requisito de 750 semanas de cotizaciones requerido para conservar el régimen de transición. De ello, se sigue que conservó los beneficios del régimen de transición hasta el año 2014.

El artículo 12 del Decreto 758 de 1990, establece que tienen derecho a una pensión de vejez las personas que cumplan 60 o más años de edad si se es hombre, y un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado un número de 1.000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo; se observa que el accionante causó su derecho pensional el 12 de julio de 2008, fecha en que cumplió los 60 años y reunía más de 1.000 semanas de cotización, así mismo, se acreditó que realizó su última cotización en el sistema el 30 de julio de 2018, y elevó reclamación de solicitud prestacional el 17 de septiembre de la misma anualidad, por tanto el goce del derecho será a partir del 1 de agosto de 2018, tal como acertadamente lo ordenó el Juez de primer orden.

9.- Dado que no existen otros reparos, esta Colegiatura procederá a modificar el ordinal primero de la decisión proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, el 23 de noviembre de 2021, 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, se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV para cada una, las cuales se

liquidarán de forma concentrada por el juzgado de origen, en virtud del artículo 366 del CGP.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE**: MODIFICAR el ordinal primero, segundo de la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2021 el cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de **AMARIS RAFAEL MANJARRES SARMIENTO** al RAIS, realizada el 29 de agosto de 1995, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

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

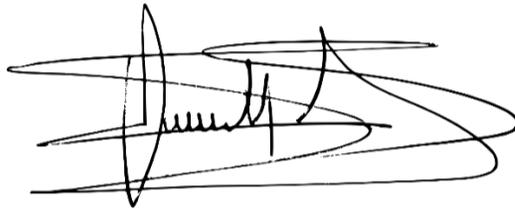
ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que reciba todos los valores que le sean trasladados por **PORVENIR S.A.** correspondientes a los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente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

En lo demás se confirma la decisión de instancia.

COSTAS como se dejó visto en la parte motiva.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE,



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado Ponente



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



JHON RUSBER NOREÑA BETA NCOURTH
Magistrado