



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
PROVIDENCIA: APELACIÓN DE SENTENCIA
RADICADO: 20001-31-05-004-2022-00263-01
DEMANDANTE: INDALECIO RIVEIRA GUERRA
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, la apelación de la sentencia de primera instancia proferida el 2 de mayo de 2023, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar - Cesar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Indalecio Riveira Guerra contra Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

ANTECEDENTES

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

1.1.- La ineficacia de la afiliación de Indalecio Rivera Guerra al Régimen de ahorro individual – R.A.I.S., efectuada a partir del 1 de noviembre de 1994 a través de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, por falta de conocimiento (sic) informado y/o sobre las consecuencias negativas de su traslado por el cambio de régimen pensional.

1.2.- Que se condene a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones, además de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Y que, al

momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

1.3.- Que se ordene a Colpensiones que reactive la afiliación del demandante y reciba de Colfondos S.A., la totalidad de lo ahorrado por el demandante en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional, en caso de haberse recibido.

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

2.- Como fundamento de lo pretendido, relató:

2.1.- Que Indalecio Rivera Guerra, nació el 11 de mayo de 1955, y estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, antes administrado por el ISS, hoy por Colpensiones, desde el 25 de abril de 1980.

2.2.- Que fue inducido ilegalmente por Colfondos S.A. a cambiarse del Régimen Solidario de Prima Media con Prestaciones Definidas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a partir de noviembre de 1994, prometiéndole un futuro pensional promisorio y mejores beneficios económicos.

2.3.- Que, al momento del traslado de régimen pensional, a Indalecio Rivera Guerra, se le hizo firmar un formulario pre-impreso de fecha 25/10/1994, por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, que utiliza indistintamente para afiliaciones y traslados, sin explicarle las implicaciones que esa decisión tendría en su derecho pensional, ni le informo del derecho de retracto del traslado al RAIS.

2.4.- Que el 12 de agosto de 2022 solicitó a Colpensiones y a Colfondos S.A., declarar ineficaz su afiliación al RAIS, obteniendo respuestas negativas.

TRAMITE PROCESAL

3.- El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar – Cesar, admitió la demanda mediante auto del 5 de diciembre de 2022, disponiendo

notificar y correr traslado a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, las que se pronunciaron en los siguientes términos:

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

3.2.- 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, y v) genérica o innominada.

3.3.- El 2 de mayo de 2023, 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, 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 Indalecio Riveira Guerra, realizó el día 25 de octubre de 1994, y que se hizo efectivo el día 01 de noviembre de 1994, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y, como consecuencia de ello, se entiende que, para todos los efectos legales, el demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo: Condenar a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, más los

rendimientos financieros y los bonos pensionales a que hay lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

Tercero: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, que reactive la afiliación del demandante Indalecio Riveira Guerra y reciba por parte de Colfondos S.A. pensiones y cesantías, la totalidad de lo ahorrado por el demandante, en su cuenta de ahorro individual, junto con los dineros que se ordenaron en el punto anterior.

Cuarto: Declarar no probadas las excepciones perentorias, de mérito o de fondo, que fueron opuestas por la demandada Colpensiones, en contra de las pretensiones de la demanda.

Quinto: Condenar en costas a la demandada Colfondos S.A. pensiones y cesantías para tales efectos se señala agencias en derecho en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de esta sentencia.

Sexto: En caso de no ser apelada esta sentencia, por ser Colpensiones una de las condenadas y tratarse de una entidad pública se ordena su consulta ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil – Familia - Laboral.

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 Colfondos S.A. 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 Colfondos S.A., 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 Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías 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 destinados 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, SL 4989 de 2018 SL 4380 de 2019 y SL 5680 de 2021.

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

4.1.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, apeló la decisión de instancia, insistiendo en que, en el presente asunto se acreditó que el traslado del demandante fue efectuado conforme a las normas que regulaban la materia en el momento en que se llevó a cabo

dicho acto. Agregó que, no se observa ningún vicio en el consentimiento del actor y, por tanto, no debió accederse a la reactivación deprecada.

Afirmó que, conforme al Régimen de Protección al Consumidor Financiero, existen ciertas obligaciones con respecto a los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones, destacando que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de pertenecer al régimen seleccionado, advirtiendo que han transcurrido casi 29 de años de permanencia del actor en el RAIS y solo hasta ahora está solicitando el traslado.

Esgrimió que la sentencia SU130-2013 estableció que los usuarios del sistema general de pensiones, pueden elegir libremente el régimen pensional conservando la posibilidad de trasladarse libremente entre uno y otro conforme al art. 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 del 93, y que en el presente caso el actor no cumple con los requisitos para obtener el traslado pretendido, 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 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 Colfondos S.A. en los términos que lo hizo.

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

- Que Indalecio Riveira Guerra se afilió en pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD el 25 de abril de 1980.

- El demandante solicitó vinculación y/o traslado de Régimen para Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, el 25 de octubre de 1994, la que se hizo efectiva el 1 de noviembre del mismo año.

- El 12 de agosto de 2022, el demandante solicitó a Colpensiones y a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, declarar ineficaz el traslado realizado del RMPPD al RAIS, obteniendo respuestas negativas.

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 25 de octubre de 1994, 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 Colfondos 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 Indalecio Riveira Guerra realizó la afiliación de manera libre y consciente, y que permaneció en Colfondos S.A. por más de 29 años sin manifestar inconformidad, pues como se explicó en precedencia, la libertad presupone un conocimiento pleno sobre las consecuencias de una decisión, puesto que al tenor de lo reseñado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“sin información suficiente no hay autodeterminación”*, máxime que la demandada no logró demostrar haber cumplido con la obligación de informar debidamente al demandante de las implicaciones de su decisión, por tanto, el afiliado no contaba con la experticia para determinar si su permanencia en el fondo privado le era favorable o no.

Así las cosas, como Colfondos 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:

Eta p a a c u m u l a t i v a	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, el 1 de noviembre de 1994, 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, Colfondos 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 respecto a que la afiliación no estuvo viciada, y que el paso del tiempo del actor en el RAIS es indicativo de encontrarse de acuerdo con dicho régimen, 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 el demandante.

Adviértase además que, no se encontró acreditado que Indalecio Riveira Guerra hubiera recibido información cierta, veraz y cualificada de las implicaciones del traslado de fondo, por lo que la permanencia en Colfondos S.A. 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 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, 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 del afiliado, 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, la orden emitida por el Juez de instancia de ordenar a Colfondos S.A. devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, “el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, más los rendimientos financieros y los bonos pensionales a que hay lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados”, se torna acertada, por tanto los argumentos de la censura carecen de vocación de prosperidad.

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 2 de mayo de 2023, por las razones aquí expuestas. Al no prosperar el recurso de alzada, las costas en esta instancia serán a cargo de la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, 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.

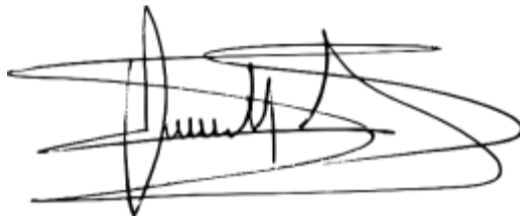
DECISIÓN

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 2 de mayo de 2023, 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