



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
PROVIDENCIA: APELACION DE SENTENCIA
RADICADO: 20001-31-05-004-2019-00229-01
DEMANDANTE: HERNÁN JAIMES MUÑOZ
DEMANDADA: AFP PORVENIR S.A. Y OTRO

MAGISTRADO PONENTE: ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Valledupar, nueve (9) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Una vez vencido el traslado para alegar de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, atiende la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, las apelaciones de la sentencia de primera instancia proferida 8 de noviembre de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Hernán Jaimes Muñoz contra la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

ANTECEDENTES

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

1.1.- La nulidad de la afiliación o traslado del señor Hernán Jaimes Muñoz, realizado el 1 de julio del 2000 al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

1.2.- Que se ordene a Porvenir, trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado por el demandante en su cuenta de ahorro individual junto con su rendimiento financiero.

1.3.- Que se ordene a Colpensiones, aceptar el traslado del actor, y recibir de Porvenir S.A. la totalidad de los ahorros realizados y rendimientos provenientes de la cuenta de ahorro individual.

1.4.- Que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho; así como a lo que ultra y extra petita se determine.

2.- Como fundamento de lo pretendido, relató:

2.1.- Que Hernán Jaimes Muñoz, nació el 9 de agosto de 1961.

2.2.- Que estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida “RPMPD” administrado por el Instituto de Seguros Sociales – ISS desde el 7 de septiembre de 1988 hasta el 1 de julio del 2000.

2.3.- Que el 1 de julio de 2000, el demandante, bajo una actividad engañosa de la AFP Porvenir, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad “RAIS”.

2.4.- Que Porvenir S.A. no le suministró información de las repercusiones que tendría al cambiarse del RPMPD al RAIS.

2.5.- Que, mediante solicitud del 17 de junio de 2019, solicitó a Colpensiones, el traslado de régimen pensional, obteniendo respuesta negativa por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse.

2.6.- Que, en la historia laboral, tiene acreditadas 1.422 semanas cotizadas, y un ahorro en su cuenta individual de \$243.447.506, capital que no es suficiente para acceder a la pensión de vejez en el RAIS.

TRÁMITE PROCESAL

3.- El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar – Cesar, admitió la demanda mediante auto del 1 de noviembre de 2019, disponiendo notificar y correr traslado a Colpensiones, y Porvenir S.A., las que se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contestó oponiéndose a todas las pretensiones y proponiendo como excepciones de fondo: i) falta de legitimación en la causa por pasiva, ii) inexistencia de las obligaciones reclamadas, iii) cobro de lo no debido, iv) prescripción, v) buena fe, y vi) la innominada o genérica.

3.2.- La AFP Porvenir S.A. dio contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones del libelo inicial, proponiendo como excepciones de mérito: i) prescripción, ii) buena fe, iii) inexistencia de la obligación, iv) compensación y v) excepción genérica.

3.3.- El 7 de octubre de 2022, se dio inicio a la audiencia del artículo 77 del Código Procesal de Trabajo, en la que se declaró clausurada la audiencia de conciliación; al no contar con excepciones previas para resolver, ni encontrarse causal para invalidar lo actuado, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas solicitadas. Seguidamente, se instaló la audiencia de trámite y juzgamiento en la que se practicaron las pruebas decretadas y se escucharon los alegatos de conclusión.

3.4.- Que el 8 de noviembre de 2022, se dio continuidad a la audiencia de trámite y juzgamiento, en la que 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 Hernán Jaimes Muñoz, efectuó el 1º de julio del año 2000, del antiguo ISS hoy la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y como consecuencia de ello, se entiende que, para todos los efectos legales, el demandante nunca se trasladó al RAIS, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo: ORDENAR a la AFP Porvenir, trasladar a la Administradora de Fondo de Pensiones Colpensiones, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del señor Hernán Jaime Muñoz, 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 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero: CONDENAR a Colpensiones a que reactive la afiliación del demandante Hernán Jaime Muñoz y reciba por parte de la Administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir, la totalidad de lo ahorrado por dicho demandante en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos financieros y todo lo que se ha ordenado y deba ser trasladado por Porvenir a Colpensiones.

Cuarto: DECLARAR no probadas las excepciones perentorias opuestas por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., a las pretensiones de la demanda, conforme la parte motiva de esta sentencia.

Quinto: CONDENAR en costas a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, para tal efecto se señala como agencia en derecho y la suma de 1 millón de pesos.

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, se evidencia que el demandante inicialmente fue afiliado por su empleador al régimen de prima media con prestación definida administrado antes por el ISS, hoy por Colpensiones, el día 7 de septiembre del año 1988, y que el día primero de julio del año 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A.

Expone que, las administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar al afiliado la información suficiente, completa, clara y comprensible sobre las implicaciones de un traslado, y en consecuencia la carga de la prueba recae de manera directa sobre la encargada de suministrar esa información, que en este caso es Porvenir, la que en este caso no logro acreditar haber cumplido con el deber legal.

Preciso que, desconocer el derecho a la información trae como consecuencia la ineficacia de la afiliación, tal como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral en diferentes oportunidades, entre otras en sentencia SL del 8 de septiembre de 2008 en radicado 31899, en la que además se indicaron los conceptos objeto de devolución por parte del fondo del RAIS a la administradora del RPMPD, con cargo a sus propias utilidades. Con fundamento en ello, determinó que, le corresponde a Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de pensión mínima y los valores

utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades debidamente indexadas.

Declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., incluida la de prescripción, puntualizando que la jurisprudencia ha determinado que por estar comprometido uno de los componentes pilares del derecho a la pensión de vejez, el cuál es el régimen a aplicar y por ende el monto, la ineficacia del traslado se torna imprescriptible.

4.1.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, presentó recurso de apelación, esgrimiendo que no hay lugar a la reactivación de la afiliación, pues goza de validez la realizada en el RAIS, con fundamento en lo dispuesto en la Ley 1748 de 2014 así como el Decreto 2071 de 2015, y en ese mismo sentido la circular externa No. 016 de 2016 expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, en las cuales establecieron que los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a la doble asesoría como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes con el fin de que se forme un juicio imparcial y objetivo sobre las características fortalezas y debilidades de cada uno, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

Esgrime 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.

Alega que no es jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del 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 aplicará 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, en este caso no participó en el trámite de traslado del demandante al RAIS, por lo que no está de acuerdo en que se le

imponga una carga prestacional que no obedeció a alguna actuación de la entidad. Arguye que, si bien existe una carga dinámica de la prueba, también es cierto que existen unas obligaciones mínimas en cabeza de los afiliados al sistema pensional, y en tal sentido el silencio en el pasar del tiempo se constituye como una manifestación por parte del afiliado de permanecer en el régimen escogido.

4.2.- La AFP Porvenir apeló la decisión de instancia, esgrimiendo que, si bien es cierto tuvo en cuenta la teoría de las restituciones mutuas de las que trata el artículo 1746 del Código Civil colombiano, solo se ordenó retrotraer el estado de las cosas de un extremo de la relación y no se autorizó Porvenir a que descontara los valores correspondientes al porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual del sistema general de inversiones por concepto de los gastos de administración durante el período en que el demandante estuvo afiliado o vinculado a Porvenir, ni tampoco se le ordenó al señor demandante a que pagara el valor correspondiente al costo de tener a una persona afiliado a la AFP y generar los rendimientos obtenidos.

Alega que, se desconocieron las expensas en las que incurrió en procura de incrementar ese capital que se encontraba en la cuenta de ahorros del demandante, asimismo que cuando se ordenó la devolución de la totalidad de los rendimientos se configuró un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones que recibe unos valores incrementados en porcentaje de rentabilidad, que no se encuentra aprobado dentro del proceso la existencia de esa equivalencia entre los rendimientos generados por el régimen de prima media y el régimen de ahorro individual como para que se haga como al derecho de recibirlo con ocasión a la declaratoria de ineficacia del traslado.

Respecto a las costas, aduce que, no se le debe condenar en el entendido que no podría de manera administrativa o voluntaria ordenar o declarar la ineficacia del traslado del señor Hernán Jaimes, porque no estaba facultado por la ley para ello, de modo que solo ante la jurisdicción ordinaria podía obtenerse dicha declaratoria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.- De conformidad con el numeral 1 del literal b), del artículo 15 del código de procedimiento laboral y de la seguridad social, la Sala es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada, así que, agotado el trámite de la instancia y reunidos los presupuestos de demanda en forma, capacidad para ser parte o para obrar en el proceso, a lo cual se suma que no se aprecian causales de nulidad que vicien lo actuado, procede decidir de fondo.

Con la expedición de la Ley 712 de 2001, varió sustancialmente, el tema de competencia del *ad quem* en lo referente al recurso de apelación, que sea propuesto en contra de las sentencias de primer grado, toda vez que de acuerdo con su artículo 35, por medio del cual fue adicionado el artículo 66A del Código procesal del Trabajo y de la Seguridad social, es a las partes a quienes corresponde delimitar expresamente las materias a que se contrae expresamente ese recurso.

Sin embargo, aquellos puntos que no fueron objeto de reparo por las gestoras serán estudiados en el grado de consulta, en cuanto le sean adversos a Colpensiones, según lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, por tratarse de una institución de la cual es garante el Estado.

6.- Teniendo en cuenta los asuntos objeto de recurso, lo que debe determinar la Sala, es si tuvo razón el juez de primera instancia, en declarar la ineficacia del traslado del demandante al régimen pensional de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de ello ordenar la devolución a Colpensiones de todos los valores recibidos por Porvenir S.A. en los términos que lo hizo, así como condenar a Colpensiones y a Porvenir al pago de costas procesales.

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

- Que Hernán Jaimes Muñoz estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD administrado por el Instituto de Seguros Sociales – ISS, desde el 7 de septiembre de 1988.

- El demandante solicitó vinculación y/o traslado de Régimen para el Fondo de Pensiones Porvenir, la que se hizo efectiva a partir del 1 de julio del año 2000.

- El 17 de junio de 2019 el demandante presentó solicitudes ante Colpensiones y la AFP Porvenir, a fin de retornar nuevamente al RPMPD, obteniendo respuestas negativas, de fecha 17 de junio y 3 de septiembre del mismo año, respectivamente.

8.- El artículo 13 de la ley 100 del 1993, establece la libertad de escogencia de régimen pensional, así como, los presupuestos básicos para la procedencia de traslado entre los regímenes:

ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

(...)

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

(...)

e. Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (...)

8.1.- En relación con las características «libre y voluntaria» de la selección de régimen, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en señalar que la información precisa, es un elemento esencial de la libertad en la toma de la decisión, lo cual supone, necesariamente, el conocimiento de las consecuencias positivas y negativas de su acogimiento, así en sentencia SL1688-2019, reiterada en SL 25953-2021 expuso:

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con

una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).”

Así mismo, ha sido criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia que:

la simple firma del formulario de afiliación al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (SL2877-2020 reiterada en sentencia SL 3708-2021)

De conformidad con los anteriores pronunciamientos, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, carga que le incumbe a la administradora de pensiones.

Así las cosas, si bien consta que el actor se afilió al R.A.I.S. administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 1 de julio de 2000, se echa de menos prueba que acredite que este fondo privado hubiera cumplido el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, a pesar de que dicha carga le correspondía.

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

De ahí que, 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, puesto que el actor no contaba 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 la accionante migró del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, esto es, el 1 de julio de 2000, 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 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 Porvenir S.A. y Colpensiones, respecto a que la afiliación no estuvo viciada, puesto que como ya se dijo, este fondo de pensiones no demostró haber cumplido con el deber de información que le incumbía.

Ahora bien, esta Colegiatura debe precisar, que son los fondos de pensiones a quienes incumbe acreditar haber suministrado la información correspondiente a sus usuarios al momento de realizar la afiliación o traslado de régimen, por tanto, no puede imponerse al afiliado la carga de manifestar su inconformidad en un término determinado, máxime que es un asunto técnico que escapa de la órbita del conocimiento de una persona del común, razón por la cual son los fondos privados los obligados a brindar la asesoría cualificada para que el usuario determine su conveniencia o no, por tanto, la carga de la prueba recae sobre la pasiva no sobre la demandante.

Adviértase además que, no se encontró acreditado Hernán Jaimes Muñoz hubiera recibido información cierta, veraz y cualificada de las implicaciones del traslado de fondo, por lo que la permanencia en la AFP Porvenir no es sinónimo de estar de acuerdo con las condiciones que le brindaba esta gestora, puesto que no se evidenció que tuviera conocimiento de las mismas.

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

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

De ello deviene que, resulta equivocado el análisis de este tipo de asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (SL1688-2019), razón por la cual, es acertada la decisión del Juez de primer grado al declarar la ineficacia del traslado.

Así mismo, conviene puntualizar que la transgresión del deber de información cuando se realiza un cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia, pues si se atenta contra el derecho a la libre afiliación, la misma quedará sin efecto, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL 1452-2019 - CSJ SL4360-2019).

También se ha dicho por la Sala que:

“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos

recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”. (CSJ SL3708-2021)

La anterior postura ha sido reiterada entre otras, en sentencia SL 1006-2022, donde además el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, señaló que la declaración de ineficacia implica privar de todo efecto práctico al acto de traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se desvinculó del RPMPD, administrado por Colpensiones, por lo que al fondo de pensiones privado le corresponde trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones y rendimientos financieros generados, gastos de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como los dispone el artículo 1746 del CC (CSJ SL5424-2021, CSJ SL17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

Así las cosas, la orden emitida por el Juez de instancia de ordenar a la AFP Porvenir trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, “el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes 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.

No obstante, de conformidad con el pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral es pertinente discriminarlos adecuadamente, por lo que se modificará la orden emitida en el ordinal segundo, en el sentido de que Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones los aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, que se hicieron a ese fondo en los períodos en que estuvo afiliado, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos

deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

8.5.- Finalmente, Porvenir S.A. enfila su censura alegando que en virtud del artículo 1746 del Código Civil, corresponde autorizar a esta gestora a descontar los valores correspondientes al 3% de la cotización mensual por concepto de gastos de administración, así como condenar al demandante a pagar el costo correspondiente a tener una persona afiliado y generar los rendimientos obtenidos.

A este respecto, ha sido pacífica la postura del órgano de cierre de la jurisdicción laboral, respecto a que la consecuencia de la declaratoria de ineficacia da lugar al restablecimiento de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual de manera plena y retroactiva, así lo puntualizó en reciente sentencia SL4242-2022, en la que dijo:

“como la consecuencia de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado es precisamente retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de dicho cambio, a través de las restituciones mutuas que deben hacer las partes; en esa medida, cada contratante debe devolver al otro lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que se deja sin efecto, por lo que el restablecimiento de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual debe ser plena y retroactiva, lo que incluye el reintegro a Colpensiones de las sumas cobradas por la AFP por concepto de gastos de administración, además de los aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a ese fondo en el tiempo que estuvo afiliada el actor. Igualmente, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo vinculada a esa administradora.” (subrayas propias)

De conformidad con la providencia transliterada, existen unos emolumentos específicos que han sido enlistados como objeto de devolución, sin que en el mismo se haga referencia a concepto alguno a favor de la gestora pensional, máxime que, tal como ya se indicó en acápites anteriores, la ineficacia del traslado realizado por el actor se causó por la negligencia de la AFP en suministrarle la información debida cuando se afilió, pese a que era esa entidad el sujeto calificado en la vinculación aludida, por lo que no puede alegar un detrimento alguno por el no pago de la gestión realizada, como quiera que siendo concedores de la obligación que debían cumplir, para con el actor, al momento de la afiliación decidieron omitirla, asumiendo tácitamente el riesgo por las consecuencias de su decisión.

Por tanto, no es posible imponer al demandante el pago de unos dineros por concepto de administración, ni por la gestión realizada por la AFP Porvenir, puesto que al momento de celebración del acto de traslado de régimen le fue ocultada información respecto a las implicaciones que tendría dicho cambio, de ahí que al no ser consciente del negocio jurídico que estaba realizando, encontrándose viciado su consentimiento, no hay lugar a ordenarle realizar pago alguno a favor de la pasiva, que fue la entidad que provoco la afectación de sus derechos pensionales.

Así las cosas, la censura de la pasiva se despacha desfavorablemente.

8.6.- Finalmente, conviene puntualizar que tal como ya se expuso en precedencia en el presente asunto se encuentra configurada la ineficacia del traslado, y a este respecto, es abundante la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la que se indica que en estos casos las cosas deben retrotraerse al estado anterior a la afiliación al R.A.I.S. realizada indebidamente.

De otra parte, es necesario señalar que las costas procesales se encuentran reguladas por el art. 365 del Código General del Proceso, en el que se indica en el numeral primero que se condenara a su pago a la parte vencida en el proceso, por tanto, los razonamientos de la pasiva direccionados a evitar su imposición no resultan de recibo.

9.- Dado que no existen otros reparos, esta Colegiatura procederá a modificar el ordinal segundo y tercero de la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, el 8 de noviembre de 2022, por las razones aquí expuestas, en lo demás se confirma la decisión de instancia. Al no prosperar los recursos de alzada, las costas en esta instancia serán a cargo de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir, se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV, las cuales se liquidarán de forma concentrada por el juzgado de origen, en virtud del artículo 366 del CGP.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:** MODIFICAR los ordinales segundo y tercero de la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2022, el cual quedará así:

SEGUNDO: Ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, los aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de Hernán Jaimes Muñoz, que se hicieron a ese fondo en los períodos en que estuvo afiliado, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que active la filiación del demandante Hernán Jaimes Muñoz y reciba por parte de Porvenir S.A., los aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, que se hicieron a ese fondo en los períodos en que estuvo afiliado, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y

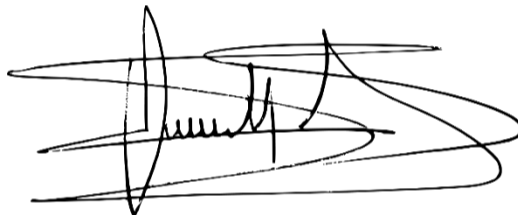
sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. De conformidad a lo ordenado en el numeral segundo de esta providencia.

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



HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado