



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
PROVIDENCIA: APELACION DE SENTENCIA
RADICADO: 20001-31-05-004-2021-00127-01
DEMANDANTE: EDUARDO AMARIS BRAVO
DEMANDADA: AFP PORVENIR S.A. Y OTRO

MAGISTRADO PONENTE: ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Valledupar, seis (6) de marzo dos mil veintitrés (2023)

Una vez vencido el traslado para alegar de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, atiende la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, las apelaciones de la sentencia de primera instancia proferida el 12 de mayo de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Eduardo Amaris Bravo 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 o ineficacia del traslado al Régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS, realizado a Eduardo Amaris Bravo por parte de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir.

1.2.- Que se ordene el traslado del demandante, del Régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

1.3.- Que se ordene a Porvenir, trasladar todos y cada uno de los valores recibidos como aportes con motivo de la afiliación de Eduardo Amaris Bravo, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos que se hubiesen causado.

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

2.- Como fundamento de lo pretendido, relató:

2.1.- Que Eduardo Amaris Bravo nació el 1 de enero de 1961.

2.2.- Que en el mes de agosto de 1996 realizó el trámite de traslado y afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD al Régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS en Porvenir.

2.3.- Que durante varios años estuvo multi-afiliado, quedando finalmente en la AFP Porvenir.

2.4.- Que desconocía que la afiliación y traslado realizado a Porvenir implicaba un cambio de régimen pensional.

2.5.- Que al momento del traslado no recibió orientación o asesoría de la gestora, respecto de las desventajas y consecuencias del traslado, ni se le informó sobre el tiempo que se le exigía de cotización laboral para obtener la pensión, ni sus posibilidades acordes a su proyección laboral, ni el monto que debía acumular en su cuenta.

2.6.- Que no se ha podido pensionar porque no cuenta con el ahorro suficiente acorde a los requerimientos del RAIS, a pesar de haber cumplido la edad y el monto de semanas de cotización exigida por el RPMPD.

TRÁMITE PROCESAL

3.- El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar – Cesar, admitió la demanda mediante auto del 11 de noviembre de 2021, disponiendo notificar y correr traslado a Colpensiones, y Porvenir S.A., las que se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1.- 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.

3.2.- 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) prescripción extintiva de la acción, iii) buena fe, e iv) innominada o genérica.

3.3.- El 27 de abril de 2022, se dio inicio a la audiencia del artículo 77 del Código Procesal de Trabajo, en la que se determinó que por tratarse de ineficacia de traslado no es susceptible la conciliación; al no contar con excepciones previas para resolver, ni encontrarse causal para invalidar lo actuado, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas solicitadas.

3.4.- El 12 de mayo de 2022, se instaló la audiencia de trámite y juzgamiento en la que se practicaron las pruebas decretadas. Seguidamente, 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 EDUARDO AMARIS BRAVO, realizó el 1º de julio de 1994 de la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones” a la 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: Condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a 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, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

Tercero: Ordenar a Colpensiones, que reactive la afiliación del demandante Eduardo Amaris Bravo, y reciba por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., 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 que debe ser trasladado por Colpensiones a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

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

Quinto: Condenar en Costas a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. Para tales efectos se señala agencias en derecho en la suma de \$ 1.755.604, 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, las administradoras de fondos de pensión tienen el deber profesional de suministrar al afiliado información suficiente y clara sobre las implicaciones del traslado, razón por la cual, la carga de la prueba recae sobre la administradora, en la medida en que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearla.

Señaló como premisas jurisprudenciales las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 33083- 2011, 12136-2014,19447-2017, 4964-2018 y 452-2019, en cuanto a que la escogencia en la afiliación a pensiones debe ser libre y voluntaria, y que para que exista esa libertad, es necesario que haya una información previa al momento del traslado, que se traduce en una libertad cualificada e informada que avala la transición del régimen de prima Media al de Ahorro Individual.

Expuso que, se encuentra acreditado que el demandante realizó su traslado del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Porvenir, el 1 de julio de 1994; y que adicional a ello el demandante afirmó en su demanda que le realizaron el traslado sin brindarle asesoría, información completa sobre las consecuencias, ventajas o desventajas del mismo.

Concluyó que como el fondo privado, como administradora del R.A.I.S. no brindó al accionante la información necesaria sobre las posibles consecuencias que le acarrearía la afiliación al trasladarse de régimen, siendo carga suya demostrarlo, procede la declaratoria de ineficacia del

traslado, por lo que corresponde a Porvenir realizar el traslado a Colpensiones del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que hubiere lugar así como los gastos de administración, las comisiones, porcentajes destinado a conformar el Fondo de Garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a su propias utilidades debidamente indexados tal como lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral en sentencia como la SL 1421 del 2019, SL 17595 del 2017, SL 4989 de 2018, SL 432060 del 2019 y SL 5680 de 2021.

Respecto a las excepciones perentorias propuestas por las demandadas, las declaró no probadas, en el entendido que lo expuesto en precedencia las deja sin sustento.

4.1.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, presentó recurso de apelación, esgrimiendo que, el análisis de información suministrada por la administradora de fondos de pensiones y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado.

Advierte que, el fallo desconoce el art 29 de la Constitución Política, puesto que, el debido proceso se debe aplicar a todas las actuaciones administrativas y nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, por lo 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 ello implica una vulneración al debido proceso de Colpensiones, la que sin haber participado en el trámite de traslado ahora se ve abocada a afrontar una carga prestacional.

Esgrime que, respecto a la carga de la prueba, se debe considerar que hasta el año 2016 los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento y el consentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes entre el año 1994 y 2016 no exigían nada distinto al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS, evento que es aplicable al presente caso.

Alude que, 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, por lo que la única manera de desvirtuar esta regla es demostrando la pre existencia de una fuerza que hubiera viciado el consentimiento, situación que no se evidencia en el presente asunto máxime si se tiene en cuenta el tiempo de permanencia del demandante.

Finalmente, alega que se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que Colpensiones no es responsable de la validación de los requisitos de cumplimiento para el traslado del régimen, pues ello corresponde a la gestora a la que se encuentra actualmente afiliado el actor, tal como lo ha señalado la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto 2008 026873-1 del 11 de agosto del año 2008 modificadorio de la circular externa 007 de 2006.

4.2.- La AFP Porvenir apeló la decisión de instancia, solicitando su revocatoria, en el entendido que la afiliación realizada en el año 1994 por el demandante, 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 28 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.

Arguye que tampoco se tiene en cuenta el 9 del Código civil, según el cual la ignorancia de la ley no sirve de excusa y el error de derecho no

da lugar a la declaratoria judicial de nulidad de un negocio jurídico, por lo que la parte que lo cometió debe asumir las consecuencias de su celebración.

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.

Alude que, la Superintendencia financiera de Colombia en concepto del año 2000, indicó en forma expresa que en los eventos en que procede la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la Comisión de Administración, puesto que, ordenar ese traslado de estos gastos a Colpensiones configura un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución.

Agrega que, en relación a los gastos de administración, al no corresponder a valores que pertenecen a ese afiliado en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez, no puede predicarse su imprescriptibilidad característica de que goza el derecho pensional, esto sujeto del fenómeno previsto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el 151 del código de procedimiento de trabajo y Seguridad Social.

Esgrime que, Porvenir cumplió con los deberes que le corresponden por disposición legal y jurisprudencial, y jamás existió omisión de información como indebida asesoría, por lo que se entiende que Porvenir ha actuado de buena fe y acorde a derecho, razón por la cual no hay lugar a una condena en costas.

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 Porvenir S.A. al pago de costas procesales.

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

- Que Eduardo Amaris Bravo se afilió en pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD el 15 de marzo de 1989 a través del extinto Instituto de Seguros Sociales.

- El demandante solicitó vinculación y/o traslado de Régimen para el Fondo de Pensiones Porvenir el 15 de junio de 1994, la que se hizo efectiva a partir del 1 de julio de la misma calenda.

- El 12 de agosto de 2020 el demandante presentó solicitud ante Colpensiones y la AFP Porvenir, a fin de retornar nuevamente al RPMPD, obteniendo respuestas negativas, de fechas 15 de abril y el 3 de septiembre de 2021.

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

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

(...)

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

(...)

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

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

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).”

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

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

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

En el presente asunto, si bien consta que el 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 1994, 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.

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, 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	Contenido mínimo y alcance del deber de información
----------------------------	--	--

	pensiones a dar 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 julio 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, 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. 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, 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 28 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, es acertada la decisión del Juez de primer grado al declarar la ineficacia del traslado.

Así mismo, conviene puntualizar que yerra Porvenir S.A. al pretender que en el presente asunto se aplique el principio de que “el error de derecho no da lugar a la declaración judicial de nulidad de un negocio jurídico”, puesto que como ya se expuso en precedencia, 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 profesionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, la comisiones, los porcentajes destinados a formar el Fondo de Garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargos propio de utilidades debidamente indexado, 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, 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 segundo de la sentencia apelada.

8.6.- Respecto a la pretendida falta de legitimación en la causa por pasiva que alega Colpensiones, se torna necesario iterar que tratándose de ineficacia del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral ha reiterado que la consecuencia de su declaratoria es retrotraer las cosas al estado en el que se encontraban antes de realizarse la vinculación al RAIS, y como en la actualidad es Colpensiones la única administradora del RPMPD, es a esta entidad a la que deben trasladarse los aportes y demás conceptos existentes a nombre del actor en la gestora pensional privada, sin que ello implique la demostración de un actuar reprochable por parte de

Colpensiones, pues como acertadamente lo señaló la apelación, este fondo de pensiones no hizo parte del traslado que se realizó primigeniamente.

8.7.- Finalmente, conviene puntualizar que tal como ya se expuso en precedencia en el presente asunto se encuentra configurada la ineficacia del traslado, y a este respecto, es abundante la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la que se indica que en estos casos las cosas deben retrotraerse al estado anterior a la afiliación al R.A.I.S. realizada indebidamente, por tanto, contrario a lo alegado en su favor por Porvenir S.A. se avizora que este fondo pensional se negó deliberadamente a acceder a lo pretendido por el actor.

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

9.- Dado que no existen otros reparos, esta Colegiatura procederá a modificar el ordinal segundo de la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, el 12 de mayo 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 el ordinal segundo de la sentencia proferida el 12 de mayo de 2022, el cual quedará así:

SEGUNDO: Condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de

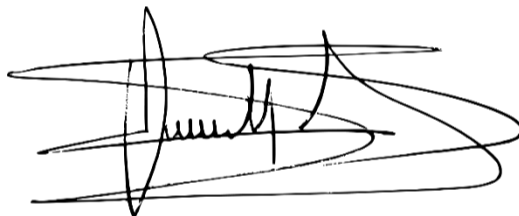
Pensiones – Colpensiones, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos. La citada AFP también deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, 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.

En lo demás se confirma la decisión de instancia.

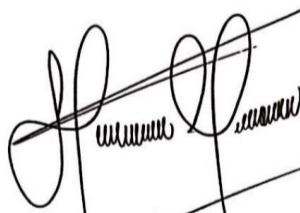
COSTAS como se dejó visto en la parte motiva.

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 BETANCOURT
Magistrado