



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
PROVIDENCIA: APELACION DE SENTENCIA
RADICADO: 20001-31-05-003-2022-00206-01
DEMANDANTE: LEOVEDIS ELÍAS MARTÍNEZ DURÁN
DEMANDADA: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADO PONENTE: ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Valledupar, ocho (8) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Una vez vencido el traslado para alegar de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, atiende la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, las apelaciones de la sentencia de primera instancia proferida el 15 de diciembre de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Leovedis Elías Martínez Durán contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

ANTECEDENTES

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

1.1.- La ineficacia de la afiliación de Leovedis Elías Martínez Individual al Régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS, efectuada en octubre de 1994 a través de la AFP Protección S.A.

1.2.- Que se condene a Porvenir S.A. a realizar el traslado a Colpensiones de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos, bonos pensionales, porcentaje de 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.

1.3.- Que se condene a Porvenir S.A. y a Protección S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración y primas de seguro 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 actor estuvo afiliado a la entidad.

1.4.- Que se ordene a Colpensiones que reactive la afiliación de Leovedis Elías Martínez Durán y reciba de Porvenir 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.

1.5.- Condenar en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.

2.- Como fundamento de lo pretendido, relató:

2.1.- Que Leovedis Elías Martínez Durán, nació el 28 de agosto de 1954.

2.2.- Que empezó a cotizar al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, a través de la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal, Instituto de Seguros Sociales – ISS, administradoras del Sistema solidario de prima media con prestaciones definidas, hoy, Colpensiones, desde el 1 de marzo de 1980, trámites que se hicieron con el concurso de su empleadora Consejo Superior de la Judicatura – (Rama Judicial - Valledupar).

2.3.- Que fue inducido ilegalmente por Protección S.A., a cambiarse del Régimen de prima media con prestaciones definidas – RPMPD al Régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS, a partir de octubre de 1994, prometiéndole un futuro pensional promisorio y mejores beneficios económicos.

2.4.- Que, al momento del traslado de régimen pensional, no se le informó sobre las implicaciones que esa decisión tendría en su derecho pensional, esto es, no se le indicaron las características, la naturaleza y desventajas del RAIS, ni una proyección que le permitiera analizar los diferentes escenarios pensionales.

2.5.- Que dentro del RAIS, con las mismas características, se dieron sucesivos movimientos: de Protección S.A., a Porvenir S.A. a través de solicitud de vinculación del 17/11/1997; y de Porvenir S.A. A Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. mediante solicitud de vinculación del 06/03/2020.

2.6.- Que el 26 de diciembre de 2013 Horizonte sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A., fue absorbido por Porvenir S.A., siendo este último fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado el actor actualmente.

2.7.- Que el demandante no fue informado del derecho de retracto del traslado al RAIS, ni conocimiento informado para tomar la decisión de cambio de régimen público al privado por parte de las administradoras de pensiones: Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, siendo ineficaz el traslado realizado.

2.8.- Que el 10 de marzo de 2022 solicitó a Porvenir S.A. que se declare la ineficacia de su traslado de Colpensiones por falta de conocimiento informado y se haga la devolución de los valores realizados por cotizaciones como si nunca se hubieran dado; obteniendo respuesta negativa.

2.9.- Que el 10 de marzo de 2022 solicitó a Colpensiones realizar los trámites jurídicos necesarios ante Porvenir S.A. para dejar sin efecto el traslado de Colpensiones a esa gestora, petición que le fue negada bajo el argumento de que no es viable el traslado por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse.

TRÁMITE PROCESAL

3.- El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar – Cesar, admitió la demanda mediante auto del 26 de agosto de 2022, disponiendo notificar y correr traslado a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, las que se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1.- La Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dio contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda, planteando como excepciones de 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) cobro de lo no debido, iii) prescripción, iv) falta de legitimación en la causa por pasiva, v) buena fe, vi) innominada o genérica, y vii) compensación.

3.3.- La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., dio respuesta en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, y planteo como excepciones perentorias o de fondo: i) prescripción, ii) improcedencia de la declaratoria de nulidad e ineficacia del traslado, iii) firmeza del consentimiento del traslado del RPMD y la afiliación al RAIS, iv) ratificación del consentimiento del traslado del RPM al RAIS y afiliación a los fondos privados, v) inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derecho de terceros de buena fe, vi) inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, vii) ausencia absoluta de responsabilidad, viii) inexistencia de la obligación y causa para pedir, ix) improcedencia de condena en costas, x) compensación, xi) buena fe por parte de Protección S.A., y la xii) innominada o genérica.

3.4.- El 15 de diciembre de 2022, se dio inicio a la audiencia del artículo 77 del Código Procesal de Trabajo, en la que se declaró fracasada la audiencia de conciliación; al no contar con excepciones previas para resolver, ni encontrarse causal para invalidar lo actuado, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas solicitadas. 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 que el señor Leovedis Elías Martínez Durán, realizó del ISS a la administradora de fondo de pensiones Protección S.A. y posteriormente a Porvenir S.A., esta última Porvenir S.A., por virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrada hoy por Colpensiones, deberá devolver a éste 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.

Segundo: Ordenar a Protección S.A., trasladar a Colpensiones, los valores correspondientes a los gastos de administración y comisiones debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades del tiempo en que estuvo afiliado el demandante con dicho fondo.

Tercero: Ordenar a Colpensiones, que una vez Porvenir S.A. de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a aceptar el traslado del señor Leovedis Elías Martínez Durán, junto con 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.

Cuarto: Declárese no probadas las excepciones propuestas conforme a la parte motiva de la providencia.

Quinto: Condénese en costas procesales a Porvenir S.A. y Protección S.A., las que se liquidarán una vez ejecutoriada esta providencia conforme lo establecido en el artículo 365 del CGP.

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 y poseen la facultad de trasladarse entre ellos, resaltando que el literal e del art 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el art 13 de la ley 100 de 1993, prescribe que solo es posible trasladarse de régimen pensional cada 5 años contados a partir de la selección inicial, prohibiendo el traslado del

afiliado cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad, para tener derecho a la pensión de vejez.

Señaló que, la doctrina ha elaborado un conjunto de obligaciones especiales con específica evidencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión financiera como lo es la Administradora de Pensiones que emanan de la buena fe como el de transparencia, vigilancia y el deber de información. 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 pensional, y que la gestora tiene el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad

Señaló que, para que se produzca un traslado de RPMPD al RAIS es necesario que conste que la selección del régimen se ha realizado de manera, libre, espontánea y sin presiones, lo que incluye que la administradora de pensiones informe de manera clara al afiliado, de la posibilidad de retractarse del traslado; de no cumplirse con esta solemnidad éste será inexistente.

Consideró que, el engaño no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

Advierte que la solicitud de vinculación de la administradora de pensiones firmado por el demandante no implica que el traslado se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones, puesto que se echa de menos la falta de información veraz y suficiente, de conformidad con lo reiterado por la Sala de Casación Laboral en sentencias SL1688-2019, SL 3989-2018, SL 1452-2019, SL 373-2021 y SL3871-2021.

Así las cosas, consideró que Protección S.A. y posteriormente Porvenir SA estaban en la obligación de informar al afiliado sobre las posibles consecuencias que implicaría trasladarse del régimen de prima media

con prestación definida hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo carga suya demostrarlo, empero no lo hicieron. De ahí que, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante del ISS a Porvenir S.A., condenando a esta última a devolver a 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, tal como lo disponen las sentencias SL-1421 del 2019, SL-17595 del 2017, SL-4989 del 2018, SL- 4360 del 2019 y SL-5670 del 2021.

Precisó que, no es posible eximir a Porvenir S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas al demandante por concepto de gastos de administración y comisiones mientras estuvo afiliado a dicho fondo, dado que la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones 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.

Señaló que, la ineficacia de traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociado al derecho fundamental en cuestión, y que por lo tanto su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en material laboral.

Finalmente, impuso costas y agencias en derecho en contra de las demandadas Protección S.A. y Porvenir S.A.

4.1.- La AFP Porvenir, interpuso recurso de apelación alegando su inconformidad por ordenar retrotraer el estado de las cosas solo en el extremo demandante y no autorizar a Porvenir a descontar el 3% de las cotizaciones mensuales por concepto de gastos de administración, ni se le ordeno al demandante pagar por el costo de estar afiliado a la administradora y obtener esos rendimientos.

Advierte que, ordenar el traslado a Colpensiones de los gastos de administración y la prima de seguro provisional configura un enriquecimiento sin causa, agregando que el artículo 113 literal b de la Ley 100 de 1993 establece los conceptos que se deben trasladar cuando existe cambio de régimen.

Finalmente, se duele de la condena en costas en el entendido de que no está facultada legalmente para declarar la ineficacia del traslado.

4.2.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, apeló la decisión de instancia, insistiendo en que, conforme al art. 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 del 93, al igual que la sentencia SU130-2013, C-789 de 2012, C-1024 de 2004, C-062 de 2010, T-168 de 2009, el demandante no cumple los requisitos para trasladarse del RAIS al RPMPD, 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 Porvenir S.A. en los términos que lo hizo, así como condenar a Porvenir al pago de costas procesales.

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

- Que Leovides Elías Martínez Durán se afilió en pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD el 1 de marzo de 1980.

- El demandante solicitó vinculación y/o traslado de Régimen para el Fondo de Pensiones Protección S.A., el 19 de abril de 1994, la que se hizo efectiva el 19 de septiembre del mismo año.

- El actor solicitó vinculación y/o traslado de fondo a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 17 de noviembre de 1997, y posteriormente, se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., a través de solicitud de fecha 6 de marzo de 2000, que se hizo efectiva el primero de mayo del mismo año.

- El 26 de diciembre de 2013, Horizonte Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. fue absorbida por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

- El 10 de marzo de 2022, el demandante solicitó a Colpensiones y a Porvenir, declarar ineficaz el traslado realizado del RMPPD al RAIS, obteniendo respuestas negativas adiadas 15 de marzo de 2022, 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.

En el presente asunto, si bien consta que el actor se afilió al R.A.I.S. administrado por el Fondo de Pensiones Protección S.A., el 19 de septiembre de 1994, posteriormente se trasladó a la AFP Porvenir en junio de 1997, y finalmente el 1 de mayo de 2000 se trasladó a la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., se echa de menos prueba que acredite que los fondos privados hubieran 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 les correspondía.

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 Protección S.A., Porvenir S.A., y Horizonte S.A. hubieran 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 Protección 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, y como posterior a ello, la AFP Porvenir, tampoco cumplió con su deber de información de ello deviene 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:

Etapa acumulativa	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 perjudicarle
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 19 de abril de 1994, la obligación de la AFP Protección 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 Protección 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.

8.4.- Ahora bien, la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”, enfiló 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, por lo que no le asiste razón a la AFP demandada al perseguir en el recurso de apelación que se ordene al demandante pagarle a la gestora los gastos de administración y rendimientos causados durante su afiliación.

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 la AFP Porvenir devolver 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, por tanto los argumentos de la censura de Porvenir S.A. respecto a que no esta obligado a devolver los dineros correspondientes a gastos de administración, carecen de vocación de prosperidad.

8.6.- Finalmente, es necesario señalar que las costas procesales se encuentran reguladas por el art. 365 del Código General del Proceso, en el que se indica en el numeral primero que se condenara a su pago a la parte vencida en el proceso, por tanto, se trata de un imperativo legal que se impone al vencido en la litis, sin que haya lugar a analizar la razón (CSJ SL3661-2021). Así las cosas, los razonamientos de la pasiva direccionados a evitar la imposición de condena en costas no resultan de recibo.

9.- Dado que no existen otros reparos, esta Colegiatura procederá a confirmar la decisión proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, el 15 de diciembre de 2022, por las razones aquí expuestas. Al no prosperar los recursos de alzada, las costas en esta instancia serán a cargo de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A., se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV, las cuales se liquidarán de forma concentrada por el juzgado de origen, en virtud del artículo 366 del CGP.

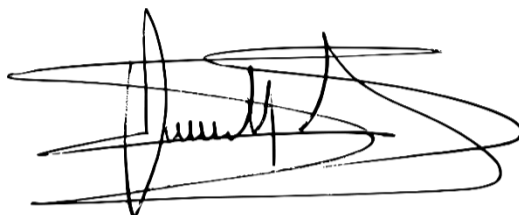
DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:** CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2022, por el Juzgado Tercero 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.

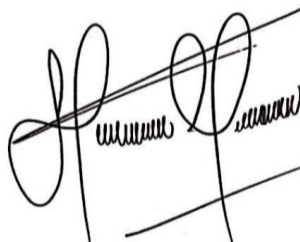
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE,



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado Ponente



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado