



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
PROVIDENCIA: APELACION DE SENTENCIA
RADICADO: 20001-31-05-001-2019-00227-01
DEMANDANTE: ORLANDO CRUZ VEGA
DEMANDADA: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADO PONENTE: ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Valledupar, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Una vez vencido el traslado para alegar de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 2020, atiende la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, las apelaciones de la sentencia de primera instancia proferida el 9 de abril de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Orlando Cruz Vega contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y AFP Porvenir Pensiones y Cesantías S.A.

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 del traslado que Orlando Cruz Vega, efectuó el 30 de enero de 2004, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD administrado por el extinto ISS – hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS administrado por la AFP Porvenir Pensiones y Cesantías S.A.

1.2.- Que se declare que al momento del traslado no le proporcionaron información completa y comprensible sobre las consecuencias de elección de régimen pensional.

1.3.- Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad se declare el regreso automático al RPMPD, y que la única afiliación válida ha sido la efectuada a ese régimen.

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

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

2.1.- Que el demandante nació el 12 de julio de 1953, que para el 1 de abril de 1994 acreditaba más de 40 años de edad, y al momento de presentación de la demanda contaba con 66 años.

2.2.- Que desde el 12 de agosto de 1987 empezó a cotizar al RPMPD administrado por el ISS -hoy Colpensiones.

2.3.- Que cuenta con 905 semanas cotizadas válidamente para riesgos de invalidez, vejez y muerte.

2.4.- Que el 30 de enero de 2004 fue trasladado al Fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A., sin revisar los derechos con que contaba sobre el régimen de transición.

2.5.- Que la señora Celia Soto, ejecutiva de venta de Porvenir le propuso trasladarse de fondo, argumentando que "(...) si se pasaba o se trasladaba a este fondo de pensiones tendría mejores garantías ya que ellos lo pensionarían con la mejor rentabilidad y que tendría mejor liquidación de pensión por anticipado incluso con mejores beneficios y salía pensionado a los 55 años, teniendo en cuenta el I.B.C. y con una pensión mínima de \$2.000.000, no importando la edad ..." (sic)

2.6.- Los días 7 y 12 de julio de 2019 presentó petición ante Colpensiones y Porvenir S.A., solicitando declarar la nulidad del traslado realizado.

2.7.- El 4 de julio de 2019 solicitó ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP traslado del RAIS al RPMPD, la que fue remitida por competencia a Colpensiones.

TRAMITE PROCESAL

3.- El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar – Cesar, admitió la demanda mediante auto del 30 de septiembre de 2019, disponiendo notificar y correr traslado a Colpensiones, a Porvenir S.A. y a la UGPP, 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) prescripción, iii) buena fe, y iv) innominada o genérica.

3.2.- La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, se pronunció oponiéndose a las pretensiones, y planteó como excepciones de mérito: i) falta de legitimación en la causa por pasiva, ii) inexistencia de obligación, y iii) prescripción.

3.3.- El Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, excepcionando: i) prescripción de la acción de nulidad, ii) inexistencia de la obligación, iii) carencia de acción y falta de causa en las pretensiones de la demanda, iv) prescripción, v) prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, vi) validez del traslado del demandante al RAIS a través de la vinculación al Fondo de pensiones obligatorias administrado por Porvenir, vii) ratificación de la afiliación del demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por Porvenir S.A., viii) falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho, ix) buena fe de la entidad demandada Porvenir S.A., x) mala fe del demandante, pretendiendo obtener un provecho

indebido, xi) ausencia de prueba efectiva de daño, inexistencia del daño alegado y ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, y xii) innominada o genérica.

3.4.- El 15 de diciembre de 2020 tuvo lugar la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal de Trabajo, en la que, se determinó que el asunto no es objeto 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.

3.5.- El 24 de marzo de 2021, se dio inició la audiencia de trámite y juzgamiento, establecida en el art. 80 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, a la que asistieron los dos extremos procesales, se practicaron las pruebas decretadas, se escucharon los alegatos de conclusión y se ordenó un receso. Posteriormente, el 9 de abril de 2021 se continuó con la audiencia de 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 que el señor Orlando Cruz Vega, identificado con C.C. 5.087.917 hizo del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, a la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., acto que se realizó el 1 de marzo de 2.004.

Segundo: Ordenar a Porvenir S.A., que le devuelva a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, cuotas de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado, especificando a que semanas corresponde los valores girados.

Tercero: Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, conforme a las razones expresadas anteriormente.

Cuarto: Condénese en costas a Porvenir S.A. Tásense por secretaría.

Como consideraciones de lo decidido, adujo la sentenciadora de primer nivel que, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la expresión

libre y voluntaria de literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se sabe a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole, por lo que tal requisito no puede estimarse satisfecho con una simple expresión genérica, acotando que corresponde a las administradoras de fondos suministrar información clara y suficientemente de los efectos que acarrea el cambio de régimen so pena de declararse la ineficacia.

Indicó que, en el presente caso se acreditó que el demandante diligenció el 30 de enero de 2004, solicitud de traslado a Porvenir, estando anteriormente vinculado a Colpensiones, empero la administradora de pensiones no demostró haber cumplido con su deber de información al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, por lo que en consecuencia declaró la ineficacia del traslado realizado a Porvenir, y para Colpensiones el deber de aceptar y recibir los aportes, bajo el entendido que el alcance de la declaratoria de ineficacia implica la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Adujó que, la ineficacia del acto de traslado es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados que dan lugar a su configuración; que la concepción de este instituto tiene una finalidad de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos, en consecuencia ordenó a Porvenir devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación frustrada del actor, sin excepción como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y similares, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Señaló que, al prosperar la ineficacia del traslado corresponde declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por Porvenir S.A., Colpensiones y la UGPP.

4.1.- Inconforme con la decisión, la AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación alegando que la afiliación realizada por el demandante

obedeció a un acto libre y voluntario, sin vicio de consentimiento, por lo que cumplió todos los supuestos de ley, y las obligaciones que se les imponía a las Administradoras de pensiones en esa época.

Precisó que, para la calenda en que se efectuó el traslado de régimen, las administradoras de pensiones no tenían el deber de asesoría, pues solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 se determinó con claridad ese deber legal, de ahí que previo a esa fecha, las asesorías no incluían proyecciones de favorabilidad de montos pensionales.

Que el demandante nunca presentó reclamación indicando estar inconforme con pertenecer al RAIS, que solo hasta ahora argumenta el desconocimiento del régimen y que no se le brindó información, lo cual carece de fundamentos fácticos, puesto que Porvenir S.A. cumplió con las exigencias existentes para la época, razón por la cual considera que no hay lugar a ordenar el traslado de los aportes del demandado.

Alega que, en el evento en que se mantenga la declaratoria de ineficacia, se considere que las únicas sumas retornadas serán las que estén en la cuenta individual del afiliado por concepto de aportes pensionales y sus rendimientos, sin incluir los gastos de administración, que corresponde a un 3% de la cotización, y que al igual que en el RPMPD son utilizados para financiar los gastos de administración de pensión, y no hacen parte integral de la pensión de vejez.

4.2.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, presentó recurso de apelación, insistiendo en que de conformidad con el literal e del art. 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 2 de la Ley 797 de 2013, al igual que lo dispuesto en la sentencia SU-130 de 2013, no se cumplen los requisitos para declarar la nulidad o ineficacia del traslado, puesto que el actor le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, y no contaba con los 15 años de servicios al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

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 la 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 el fondo de pensiones Porvenir S.A. en los términos que lo hizo.

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

- Que Orlando Cruz Vega se encontraba afiliado en pensiones en el Instituto de Seguros Sociales desde el 13 de enero de 1987.
- El demandante solicitó vinculación y/o traslado de Régimen para el Fondo de Pensiones Porvenir S.A, el 30 de enero de 2004.

- El actor solicitó a Colpensiones y a Porvenir el traslado de régimen del R.A.I.S. a R.P.M.P.D. pero le fue negado.

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

En el presente asunto, si bien obra el formulario de afiliación al R.A.I.S. suscrito por el actor el 30 de enero de 2004, de éste lo que se puede extraer es, simplemente la fecha de su diligenciamiento y los datos personales y laborales del afiliado, así como el nombre de sus beneficiarios.

De manera tal que, únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso del interesado con una fórmula pre-impresa en la casilla destinada para la firma, sin que del mismo pueda concluirse que Porvenir S.A. hubiera cumplido el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, a pesar de que dicha carga le correspondía.

Tampoco es admisible el argumento de que el señor Orlando Cruz Vega firmó libre y voluntariamente el formulario de afiliación, 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.

Así mismo, se advierte que, según lo manifestado por el demandante en el libelo genitor, no recibió información clara, precisa y veraz respecto a

las implicaciones de su traslado del R.P.M.P.D. al R.A.I.S., por el contrario, señaló que fue engañado, como quiera que previo a su afiliación la asesora comercial de Porvenir S.A. le habría manifestado que “(...) si se pasaba o se trasladaba a este fondo de pensiones tendría mejores garantías ya que ellos lo pensionarían con la mejor rentabilidad y que tendría mejor liquidación de pensión por anticipado incluso con mejores beneficios y salía pensionado a los 55 años, teniendo en cuenta el I.B.C. y con una pensión mínima de \$2.000.000, no importando la edad ...” (sic)

Así las cosas, como la AFP Porvenir no logró acreditar el cumplimiento de su deber de información al accionante, por el contrario, se evidencia que le suministró información errónea, de ello se extrae que fue esa la causa que lo llevó a tomar una decisión de traslado desconociendo sus consecuencias.

8.2.- Es pertinente señalar que la Corte también ha explicado que con el paso del tiempo el nivel de información ha alcanzado un mayor nivel de exigencia, identificándose tres etapas que – conforme a las normas que han regulado el tema-, abarcan tres períodos: i) desde 1993 hasta 2009, ii) desde 2009 hasta 2014, y iii) de 2014 en adelante.

La evolución normativa de tales periodos, fue sintetizada en sentencia CSJ SL 1452-2019 reiterada en SL896-2022, así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos 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,	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del

asesoría y buen consejo	Decreto 2241 de 2010	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 30 de enero de 2004, 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, contrario a lo alegado por Porvenir S.A., la obligación de información no se constituye en una carga adicional, sino simplemente en un deber de la administradora desde el momento de su constitución.

No obstante, como quiera que, en el presente asunto, la AFP Porvenir S.A. no acreditó haber suministrado información veraz, idónea y transparente al afiliado al momento de la firma del formulario de traslado

de fondo, de ello deviene incumplida su obligación de brindar información al usuario.

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 como en el presente caso la pasiva no lo acreditó, de ello deviene la ineficacia del traslado realizado.

8.4.- En lo atinente a que el actor se encuentra incurso en impedimento para proceder a su traslado al R.P.M.P.D. en el que se encontraba inicialmente, por faltarle menos de 10 años para cumplir los requisitos mínimos para acceder a su pensión, la Sala Laboral ha sido reiterativa en señalar que:

“la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto» (SL1452-2019), de manera que, situaciones tales como la pertenencia al régimen de transición o **la proximidad frente a la adquisición del derecho, no constituyen prerrequisitos sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen.**”(CSJ SL3708-2021)
Resaltado propio.

Por tanto, no se evidencia impedimento alguno para que el actor retorne al fondo de pensiones al que se encontraba afiliado inicialmente, máxime que como ya se dijo, lo pretendido por el demandante es obtener la ineficacia del traslado realizado.

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), esto es, la ineficacia, razón por la cual, le asiste razón a la Juez de instancia al declarar la nulidad del traslado realizado por el actor.

No obstante, se avizora que tal como se señaló en acápites precedentes, consta que el formulario de solicitud de traslado fue diligenciado por el actor

en calenda 30 de enero de 2004, y no el 1 de marzo del mismo año, información que se ve reforzada con el Historial de vinculaciones expedida por Asofondos, en el que se señala que el traslado de régimen se realizó desde el mes de enero, por tanto, habrá de modificarse el numeral primero de la decisión de primer grado, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado desde el 30 de enero de 2004.

Ahora bien, también ha dicho la Sala de Casación Laboral 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 de la actora, 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, no le asiste razón a la apelante Porvenir S.A. al pretender que se excluyan del traslado los valores correspondientes a los gastos de administración, puesto que tal como lo señaló la Sala de Casación Laboral, los efectos de la ineficacia implican la exclusión de todos los efectos del acto de traslado, esto es, entender que el mismo nunca se realizó, por tanto, le corresponde devolver todos los valores recibidos, incluidos los gastos de administración del 3%.

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

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

Así mismo, corresponde a Colpensiones recibir los aludidos conceptos, tal como aquí se expuso.

8.6.- Ahora bien, Porvenir S.A. esgrime en su favor que el demandante nunca presentó reclamación manifestando su inconformidad con el traslado realizado, y que solo hasta ahora alega la falta de información sobre el régimen, a este respecto, conviene 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 orbita del conocimiento de una persona del común, razón por la cual son los fondos privados los obligados a brindar la asesoría.

9.- Dado que no existen otros reparos, esta Colegiatura procederá a modificar los ordinales primero y segundo de la decisión proferida por el

Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, el 9 de abril de 2021, por las razones aquí expuestas, en lo demás se confirma la decisión de instancia. Al no prosperar el recurso de alzada, las costas en esta instancia serán a cargo de las demandadas, se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV para cada una, las cuales se liquidarán de forma concentrada por el juzgado de origen, en virtud del artículo 366 del CGP.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:** MODIFICAR los ordinales primero y segundo de la sentencia proferida el 9 de abril de 2021, los cuales quedarán así:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de **ORLANDO CRUZ VEGA** al RAIS, realizada el 30 de enero de 2004, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos. La citada AFP también deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; de los que podrá descontar los dineros que ya hubiese cancelado a Colpensiones con ocasión del cambio de régimen realizado por el actor el 22 de enero de 1998.

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 consecuencia, **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que reciba todos los valores que

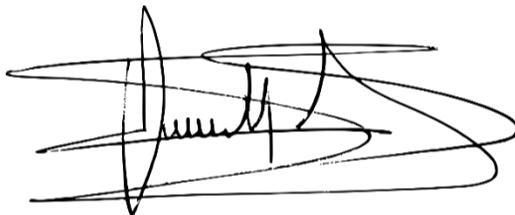
le sean trasladados por PORVENIR S.A. correspondientes a los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje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

En lo demás se confirma la decisión de instancia.

COSTAS como se dejó visto en la parte motiva.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE,



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado Ponente



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado