



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
PROVIDENCIA: APELACION DE SENTENCIA
RADICADO: 20001-31-05-003-2020-00041-01
DEMANDANTE: JAIME HUMBERTO RUÍZ MONROY
DEMANDADA: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADO PONENTE: ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Valledupar, treinta y uno (31) 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, la apelación de la sentencia de primera instancia proferida el 6 de octubre de 2021, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Jaime Humberto Ruíz Monroy contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la Administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A.

ANTECEDENTES

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

1.1.- La ineficacia del traslado del señor Jaime Humberto Ruíz Monroy al Régimen de ahorro individual con solidaridad – R.A.I.S. administrado por Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. – hoy Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, realizado el 13 de marzo de 1995.

1.2.- Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a la AFP Porvenir trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todas las cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado; ahorros y rendimientos financieros de la cuenta del demandante, así como la información detallada de los reportes de semanas cotizadas.

1.3.- Que se condene a las demandadas al pago de costas procesales; y a lo que ultra y extra petita se determine.

1.4.- De manera subsidiaria solicitó declarar la ineficacia del traslado realizado al R.A.I.S. administrado por AFP Porvenir y en consecuencia ordenar el reintegro automático al Régimen de prima media con prestación definida – R.P.M.P.D. administrada por Colpensiones, de la totalidad de los valores que hubiera recibido la AFP Porvenir con motivo de la afiliación del demandante.

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

2.1.- Que el demandante nació el 13 de mayo de 1958.

2.2.- Que el 7 de febrero de 1977 se vinculó al sistema general de pensiones, efectuando aportes al Instituto de Seguros Sociales (ISS).

2.3.- Que realizó aportes en pensiones, con varias empresas del sector privado desde el 23 de julio de 1985 hasta junio de 2019.

2.4.- Que el 13 de marzo de 1995 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – R.A.I.S., administrado por Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. – hoy Porvenir S.A., fecha para la cual contaba con 37 años de edad y 498 semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – R.P.M.P.D.

2.5.- Que el 13 de marzo de 1995 realizó el traslado de régimen pensional por que no se le brindó asesoría de las ventajas y desventajas que implicaba.

2.6.- Que los asesores de la AFP Horizonte solo le informaron de los supuestos beneficios pensionales, indicándole que accedería a una pensión de vejez anticipada, sin encontrarse atado a la edad y a las semanas establecidas en el RPMPD; omitiendo informarle el capital requerido para ello, ni la fecha de redención normal del bono pensional.

2.6.- Que los asesores de la AFP Horizonte, enfatizaron en el fin del RPMPD y la pérdida de los aportes allí realizados, omitiendo suministrarle información necesaria clara y transparente, haciéndolo incurrir en error, viciando su consentimiento al momento de realizar la afiliación.

2.7.- Que el formulario de afiliación diligenciado, es un formato preimpreso que no estipula las modalidades de pensión a las que tiene acceso el potencial afiliado, ventajas y desventajas, omisión que resulta relevante ya que la asesoría recibida fue engañosa.

2.8.- Que el 6 de agosto de 1996, arribaron a su lugar de trabajo en SaludCoop, los asesores del Fondo de Pensiones Invertir Futuro Pensiones, quienes le informaron de las supuestas ventajas de trasladarse a ese fondo, y ante las insistencias decidió trasladarse mediante formato de afiliación No. 065687 de agosto de 1996.

2.9.- El 9 de septiembre de 1998 se traslado a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. mediante formato de afiliación No. 98-0087158 por imposición de su empleador, que le expreso verbalmente que debía trasladarse a ese fondo, dado que hacia parte del grupo al cual pertenecía SaludCoop.

2.10.- Que el 23 de agosto de 2019 elevó petición ante la AFP Porvenir, solicitando copia de la afiliación, de la información suministrada por traslado de régimen, documentos que reposan en el expediente y proyección de la mesada pensional para el año 2020, obteniendo respuesta en la que le indican que la asesoría se realizó verbalmente y que la mesada pensional a los 61 años arroja un valor de \$828.116.

2.11.- Que el 10 de febrero de 2020 solicitó a Colpensiones y a la AFP Porvenir, traslado de régimen pensional, recibiendo respuesta de la primera, bajo el argumento de que se encuentra a 10 o menos años del requisito para pensionarse; por su parte la AFP Porvenir guardo silencio.

TRÁMITE PROCESAL

3.- El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar – Cesar, admitió la demanda mediante auto del 4 de marzo de 2020, disponiendo notificar y correr traslado a Colpensiones y a Porvenir S.A., las que se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1.- La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contestó oponiéndose a todas las pretensiones y proponiendo como excepciones de fondo: i) prescripción, ii) buena fe, iii) inexistencia de la obligación, iv) compensación, y v) excepción genérica.

3.2.- La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda, planteando 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.- El 10 de septiembre de 2021 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.

3.4.- El 6 de octubre de 2021, se realizó 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 cerró el periodo probatorio, 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 Jaime Humberto Ruíz Monroy, hizo del ISS a Porvenir S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida ISS hoy Colpensiones, deberá devolver a éste todos los valores que hubiese recibido con motivos de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con sus rendimientos, especificando a que semanas corresponden los valores girados.

Segundo: Ordenar a Colpensiones que una vez Porvenir de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a aceptar el traslado del señor Jaime Humberto Ruíz Monroy, junto con todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con los rendimientos causados, especificando a que semana corresponden los valores girados.

Tercero: Declárese no probadas las excepciones propuestas conforme lo expuesto en la parte motiva.

Cuarto: Condénese en costas y agencias en derecho a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Porvenir S.A, las que se liquidarán conforme lo establecido en el art. 366 del CGP, conforme lo expuesto en la parte motiva, una vez quede en firme la providencia.

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 se presentan particularidades importantes tratándose de personas beneficiarias del régimen de transición, puesto que, de conformidad con el art 36 inciso 4 y 5 de la Ley 100 de 93, la protección que otorga esta última se extingue cuando se escoge inicialmente o por traslado el RAIS, lo cual quiere decir, que no se recupera por el ulterior cambio que se haga al RPMPD.

Esbozó que originalmente la Ley 100 de 1993 prescribía que solo era posible trasladarse de régimen cada 3 años contados a partir de la selección inicial, empero el art 2 de la Ley 767 de 2003 modificó la disposición mencionada y aumentó el periodo que deben esperar los afiliados para cambiarse de régimen pensional a 5 años, además incluyó como prohibición que el afiliado no podrá trasladarse cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad, para tener derecho a la pensión de vejez, prohibición que empezó a regir un año después de la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003.

Aclaró que, la modificación no se refiere a las personas cobijadas por el régimen de transición, pero indirectamente regula su situación, pues ni ellas, ni los demás afiliados podrán trasladarse de régimen cuando les falten menos de 10 años para pensionarse.

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.

En cuanto a la nulidad de traslado, trajo como premisas jurisprudenciales las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia SL 31989- 2008; 31314-2011; 373-2021, en las que se indica 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.

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.

Expone que, no desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, respecto a que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

Señaló que, la actuación viciada de traslado de RPMPD al RAIS no se convalida por el traslado de las administradoras dentro de este último régimen, dado que, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual no implica la ratificación de la decisión del cambio de régimen, que conlleva modificar sensiblemente los derechos prestacionales; apoyando su posición en sentencias de la Sala de Casación Laboral SL31314-2008, 3383-2011, 12136-2014, 19447-2017- 4964-2018- 4989-2018, 4984-2018, 1688-2019, 3989-2018, 1452-2019 y 49089-2018.

Que en el caso de marras, se acreditó la afiliación del actor a Cajanal y el posterior traslado a Horizonte Pensiones y Cesantías – hoy Porvenir S.A.-, sin que conste prueba de que este fondo privado hubiera realizado un debido asesoramiento al demandante de las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen, como la disminución de la mesada pensional de acuerdo a la modalidad pensional que escogiera,

advirtiendo que el deber de información de la pasiva no basta con la simple manifestación de voluntad del afiliado que reposa en el formato de solicitud de afiliación; por lo que declaró la ineficacia del traslado y por virtud del regreso automático al RPMPD, la devolución de todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante.

Así mismo, señaló que, respecto a la pretensión de la apoderada de la parte demandante, en los alegatos de conclusión de pronunciarse extra y ultra petita en relación al derecho pensional de Jaime Humberto Ruíz Monroy, se encuentra que: 1) no hubo agotamiento de la vía gubernativa en relación a la solicitud pensional ante Colpensiones, y 2) no se fijó en el litigio dicha situación que se pudiera exponer.

Impuso costas y agencias en derecho a favor del demandante y en contra de las demandadas, por la negativa de admitir la ineficacia del traslado del afiliado y por desacatar la posición de la Corte Suprema de Justicia a ese respecto.

4.1.- La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., presentó recurso de apelación, alegando que la afiliación realizada en 1994 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 25 años el actor pretenda un traslado prohibido por la ley vigente, no existiendo razón legal para ordenar el traslado de aportes.

Puntualizó que no ha inducido en error al afiliado, puesto 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.

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.

La ley establece que los rendimientos pertenecen al fondo de reparto común porque en la práctica en Colpensiones los aportes realizados por los afiliados de hoy financian las pensiones actuales y la diferencia se financia con aportes de la Nación. Que, en el caso del actor si se hubiera afiliado a Colpensiones sus aportes hoy no tendrían rendimientos, razones por las cuales no deben ser devueltos los gastos de administración.

Esgrime que, Porvenir cumplió con los deberes que le corresponden por disposición legal y jurisprudencial, y jamás existió omisión de información como indebida asesoría, pues siendo la parte actora una persona legalmente capaz se entiende que puede sopesar los argumentos manifestados por los asesores de la administradora de fondos privados para determinar si le convenía o no la decisión de trasladarse de fondo.

Arguye que, la nulidad no puede ser declarada por vía administrativa, sino que tiene que ser estudiada por un Juez y declarada mediante sentencia judicial, por lo que no es posible a través de la contestación de un derecho de petición determinar que el acto de traslado es nulo o ineficaz, 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.

Finalmente, solicitó absolver Porvenir.

4.2.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, enfiló su 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 las sentencias SU-130 de 2013, C-789 de 2002, C-1024-2004 y T-168-2009 no se cumplen los requisitos para declarar la nulidad o ineficacia del traslado, por lo que solicitó que, se revoque la sentencia de instancia y se absuelva a Colpensiones.

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.

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

- Que Jaime Humberto Ruíz Monroy se afilió en pensiones a Cajanal el 7 de febrero de 1977.
- El demandante solicitó vinculación y/o traslado de Régimen para el Fondo de Pensiones Horizonte Pensiones y Cesantías S.A, el 13 de marzo de 1995.

- El 15 de agosto de 1996 solicitó vinculación al Fondo de pensiones Invertir Futuro Pensiones.

- El 9 de septiembre de 1998 el actor diligenció formato de solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Horizonte Pensiones y Cesantías S.A.

- En calenda 10 de febrero de 2020, el demandante presentó solicitud ante Colpensiones y Porvenir S.A., respectivamente, a fin de retornar al RPMPD, obteniendo respuestas negativas.

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

En el presente asunto, si bien obra el formulario de afiliación al R.A.I.S. suscrito por el actor el 13 de marzo de 1995, 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 de la interesada con una fórmula pre-impresa en la casilla destinada para la firma, sin que del mismo pueda concluirse que Horizonte Pensiones y Cesantías – hoy 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.

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 el asesor de Horizonte S.A. -hoy Porvenir- le habría manifestado solamente ventajas del traslado al R.A.I.S., indicándole incluso que la administradora del R.P.M.P.D. se iba a acabar y sus aportes se perderían.

Así las cosas, como la AFP Porvenir S.A. no logró acreditar el cumplimiento de su deber de información a la 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, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

De acuerdo con la fecha en que la accionante migró del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, esto es, en marzo de 1995, la obligación de la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías – hoy 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 contara 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 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 la obligación de información por parte de la AFP Colfondos.

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 su deber de información.

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 25 años de afiliación al R.A.I.S., agregando que por tratarse de una persona legalmente capaz podía sopesar argumentos y decidir si le convenía o no el traslado, no obstante, esta Colegiatura difiere de esa postura, como quiera 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.

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), razón por la cual, se torna acertada la decisión de primer grado, en el sentido de indicar que lo procedente es declarar la ineficacia del traslado.

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 consecuencia, la orden emitida por el Juez de instancia de ordenar a la AFP Porvenir trasladar la totalidad de los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con sus rendimientos, especificando a que semanas corresponden los valores girados, 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, por tanto, corresponde modificar las ordenes emitidas en los ordinales primero y segundo de la sentencia apelada.

8.6.- Finalmente, conviene puntualizar que tal como ya se expuso en precedencia en el presente asunto se encuentra configurada la ineficacia del traslado, y a este respecto, es abundante la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la que se indica que en estos casos las cosas deben retrotraerse al estado anterior a la afiliación al R.A.I.S. realizada indebidamente, 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 los ordinales primero y segundo de la decisión proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, el 6 de octubre 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 Colpensiones y Porvenir S.A., se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV a cada una de las demandadas, 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 y tercero de la sentencia proferida el 6 de octubre de 2021, los cuales quedarán así:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de **JAIME HUMBERTO RUÍZ MONROY** al RAIS, realizada el 13 de marzo de 1995, 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.

Por consiguiente, **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. 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.

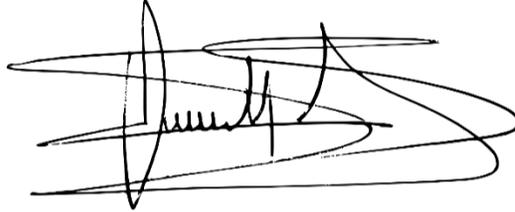
SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que reciba todos los valores que le sean trasladados por PORVENIR S.A. correspondientes a los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente 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 BETANCOURT
Magistrado