



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
PROVIDENCIA: APELACION DE SENTENCIA
RADICADO: 20001-31-05-004-2019-00050-01
DEMANDANTE: LUIS CAMILO GUERRA JIMÉNEZ
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 5 de agosto de 2019, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Luis Camilo Guerra Jiménez contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir 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 realizado por Luis Camilo Guerra Jiménez el día 14 de octubre de 1997, del Régimen de prima media con prestación definida (R.P.M.P.D) administrado por el extinto ISS -hoy Colpensiones- al Régimen de ahorro individual con solidaridad (R.A.I.S.) administrado por Porvenir S.A.

1.2.- Que al momento del traslado, los promotores del la AFP Porvenir Pensiones y Cesantías, no le proporcionaron información completa y comprensible sobre las consecuencias de elección de régimen pensional, a fin de ilustrarlo en las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, en los dos regímenes pensionales.

1.3.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

1.4.- Que la única afiliación válida ha sido la efectuada al Régimen de prima media con prestación definida (R.P.M.P.D) administrado por Colpensiones.

1.5.- 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 27 de octubre de 1957, contando con 61 años al momento de presentación de la demanda.

2.2.- Que desde el 10 de mayo de 1984 empezó a cotizar al Régimen de prima media con prestación definida (R.P.M.P.D) administrado por el ISS – hoy Colpensiones.

2.3.- Que viene laborando como trabajador dependiente, al servicio de la Universidad Popular del Cesar, con un promedio salarial en los últimos 10 años de \$6.000.000.

2.4.- Que acredita un total de 1.494 semanas válidamente cotizadas para riesgos de invalidez, vejez y muerte.

2.5.- Que el 14 de octubre de 1997 fue trasladado de régimen al fondo de pensiones Porvenir Pensiones y Cesantías, fecha en la que el señor Miguel Charris, ejecutivo de venta de ese Fondo le manifestó que:

“(…) si se pasaba o se trasladaba a este fondo de pensiones tendría mejores garantías ya que ellos lo pensionarían con mejor rentabilidad y que tendría 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 \$3.000.000, no importando la edad (…)”
(sic)

2.6.- Que el asesor comercial de Porvenir, al realizar el traslado de régimen, no revisó los derechos adquiridos con los cuales contaba por el régimen de transición, y le ofreció beneficios que no podrían cumplirse.

2.7.- Que el 12 de febrero de 2019 radicó ante Porvenir S.A. y ante Colpensiones, solicitud de nulidad de la afiliación realizada ante Porvenir, señalando que la información suministrada por ese fondo privado, fue errónea y de mala fe, desconociendo los beneficios y prerrogativas que lo beneficiaban del régimen anterior.

2.8.- Que no existe razón de orden legal para negar el traslado solicitado.

TRÁMITE PROCESAL

3.- El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar – Cesar, admitió la demanda mediante auto del 18 de marzo de 2019, folio 43, disponiendo notificar y correr traslado a Colpensiones y a Porvenir S.A., las que se pronunciaron en los siguientes términos:

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

3.2. 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) carencia de acción y falta de causa en las pretensiones de la demanda, iii) prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, iv) validez del traslado del actor al RAIS a través de la vinculación al fondo de pensiones obligatorias administrado por protección y ratificado ante Porvenir, v) ratificación de la afiliación del actor de pensiones obligatorias administrado por Porvenir S.A., vi) 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, vii) buena fe de la entidad demandada Porvenir S.A., viii) mala fe del demandante, pretendiendo obtener un provecho indebido, y ix) innominada o genérica.

3.3.- El 29 de julio de 2019 tuvo lugar la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal de Trabajo, en la que, se declaró fracasada la etapa 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 5 de agosto de 2019, 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 evacuaron 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 nulidad del traslado que el demandante Luis Camilo Guerra Jiménez realizó el 14 de octubre de 1997, del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a la parte motiva de la presente sentencia.

Segundo: Condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. a realizar el traslado a Colpensiones de la totalidad de lo ahorrado por el demandante Luis Camilo Guerra Jiménez, en su cuenta de ahorro individual, el bono pensional, los rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas desde el 14 de octubre de 1997, hasta la fecha en que se traslade a Colpensiones las sumas indicadas.

Tercero: Ordenar a Colpensiones que active la afiliación del demandante Luis Camilo Guerra Jiménez a esa administradora de pensiones y reciba por parte de Porvenir S.A. la totalidad de lo ahorrado por el demandante Luis Camilo Guerra Jiménez en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos.

Cuarto: Declarar no probadas las excepciones perentorias propuestas por la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. conforme a la parte motiva de esta providencia.

Quinto: Absolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de las restantes pretensiones de la demanda, que en su contra ha formulado el demandante Luis Camilo Guerra Jiménez, conforme a la parte motiva de esta providencia.

Sexto: Costas a cargo de la demandada, Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. Para tales efectos se señala a la demandada en derecho en la suma de \$1.475.434.

Como consideraciones de lo decidido, adujo el sentenciador de primer nivel que, las administradoras de fondos de pensión tienen el deber profesional de suministrar al afiliado información suficiente y clara sobre las implicaciones del traslado, razón por la cual, la carga de la prueba recae sobre la administradora, en la medida en que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearla.

Señaló como premisas jurisprudenciales las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 33083- 2011, 19447-2017 y 453-2019, en cuanto a que la escogencia en la afiliación a pensiones debe ser libre y voluntaria, y que para que exista esa libertad, es necesario que haya una información previa al momento del traslado, que se traduce en una libertad cualificada e informada que avala la transición del régimen de prima Media al de Ahorro Individual.

Expuso que, en el interrogatorio de parte el demandante declaró que al momento de la afiliación no se le suministró información veraz, ni las desventajas que tendría al momento de cambiar de régimen pensional, y que por el contrario siempre se le informó que el antiguo ISS no iba a ser capaz de sostenerse atendiendo la problemática que según atravesaba el fondo para esa época. Que le fue informado que el monto pensional que podía asignarle al momento de su pensión era de 3 millones de pesos, empero al momento de acercarse a la accionada a realizar una proyección de su pensión, se sorprendió porque dicho monto no superaría los 2 SMMLV, afirmando que fue engañado y asaltado en su buena fe.

Consideró el Juez de instancia que, la manifestación de voluntad y selección del régimen que se encuentra en el formulario de afiliación, no constituye medio probatorio que permita inferir que al demandante se le proporcionó información adecuada y veraz, como quiera que las afirmaciones consignadas en dicho formato no son suficientes para dar por demostrado el deber de información que le ha asistido siempre a la accionada.

Concluyó que Porvenir S.A., como administradora del R.A.I.S. no brindó al accionante la información necesaria sobre las posibles consecuencias que le acarrearía la afiliación al trasladarse de régimen, siendo carga suya demostrarlo, dando lugar a declarar la nulidad del traslado.

Respecto a la excepción de prescripción y prescripción de la acción de nulidad, señaló que, “por regla general los derechos no se pueden ejercer mientras no sean exigibles y no es dable sancionar al titular del derecho por inacción o falta de ejercicio cuando aún no ha cumplido los presupuestos exigidos por la ley”, y como se acreditó que el 12 de febrero de 2019 el demandante solicitó a Porvenir la nulidad de su afiliación y el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPMPD, señaló que es a partir de esa fecha que puede señalarse que el actor tuvo conocimiento del perjuicio del traslado, por lo que no se configura la prescripción alegada, declarándola no probada.

Sobre las restantes excepciones perentorias, se pronunció declarándolas no probadas con fundamento en que se determinó la procedencia de la nulidad del traslado.

4.1.- 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.

De manera subsidiaria solicitó que, en el evento de que la sentencia sea confirmada, se ordene que los valores que se encuentran en el fondo privado se trasladen debidamente indexados, de conformidad al art. 48 de la Constitución Política; y que se realice una proyección o se determine el valor que corresponde trasladar con todos los rendimientos a que, haya lugar, teniendo en cuenta los factores establecidos en el art. 20 de la Ley 100 de 1993.

4.2.- Inconforme con la decisión, la AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación alegando que en el proceso se probó mediante certificado de afiliación del 14 de febrero de 1997 que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin presiones, y que el acto jurídico de afiliación y traslado de régimen además de ser voluntario implica la aceptación de las normas, procedimientos y requisitos establecidos para el RAIS al cual pertenece Porvenir S.A.

Alega que, en el interrogatorio de parte, se demostró que el demandante si conocía las ventajas y desventajas de pertenecer a un fondo privado, además se probó que no existió engaño ni vicio del consentimiento al momento de la afiliación, por el contrario, se demostró que la inconformidad del actor de pertenecer al RAIS es únicamente económica.

Precisó que, para la época 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 para la fecha en que se encontraba vigente el ISS, los traslados podían no contener ilustraciones respecto a la favorabilidad en el monto de pensión.

Alegó que, el demandante incurre en la prohibición contenida en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, esto es, contar con menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

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 nulidad del traslado del demandante a 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 Porvenir S.A. en los términos que lo hizo.

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

- Luis Camilo Guerra Jiménez se encontraba afiliado en pensiones en el Instituto de Seguros Sociales desde el 10 de mayo de 1984, folio 102 anterior.

- El demandante solicitó vinculación y/o traslado de Régimen para el Fondo de Pensiones Porvenir S.A, el 14 de octubre de 1997, folio 100.

- 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 14 de octubre de 1997, folio 100, 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 Luis Camilo Guerra Jiménez 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 su interrogatorio de parte, 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 el gestor comercial de Porvenir S.A. le habría manifestado que el ISS se iba a acabar y que por ende sus aportes pensionales tenían el riesgo de perderse, además que los aportes que se hacían allí iban a un fondo común y que cuando alcanzara la edad para pensionarse corría el riesgo de que ese fondo ya no tuviera suficiente para atender su pensión.

Que además el mismo gestor le garantizó que en Porvenir alcanzaría a percibir una pensión de mínimo \$3.000.000, y que esos recursos se manejarían como una cuenta de ahorros en donde los aportes que realizaba directamente y los rendimientos de dichos aportes, incluso podría retirarlos en el evento de necesitarlos, empero todo lo prometido resultó no ser cierto, por cuanto, al momento de solicitar la proyección de su pensión se enteró que solo era posible que recibiera 2 SMMLV, y así mismo, la entidad se negó a entregarle los aportes realizados y a permitirle su traslado a otro fondo de pensiones.

Así las cosas, como la AFP Porvenir no logro 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.- En cuanto al argumento de la apelante Porvenir S.A. según la cual para la época en que se produjo el traslado, no existía la obligación para las administradoras de pensiones, de dejar constancias escritas, ni proyecciones pensionales de las asesorías brindadas, 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.

Así las cosas, 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, en noviembre de 1999, 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».

Así las cosas, 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.

No obstante, como quiera que, en el presente asunto, la AFP Porvenir no acreditó haber suministrado información veraz, idónea y transparente al afiliado al momento de la firma del formulario de traslado de fondo, de ello deviene incumplida la obligación de información por parte de la AFP Porvenir.

8.3.- 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.

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

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

De ello deviene que, resulta equivocado el análisis de este tipo de asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (SL1688-2019), razón por la cual, habrá de modificarse el numeral primero de la decisión de primer grado, en el sentido de indicar que lo procedente es declarar la ineficacia del traslado y no la nulidad del mismo.

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)

En consecuencia, la orden emitida por el Juez de instancia de ordenar a la AFP Porvenir los valores que hubiere recibido con motivo de afiliación del actor, incluidos los rendimientos generados, 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 segundo y tercero de la sentencia apelada.

8.5.- Ahora bien, respecto a la solicitud que realiza Colpensiones en la alzada, tendiente a que en la sentencia se haga una proyección o se determine el valor que corresponde ser trasladado, conviene precisar que, siguiendo el precedente vertical, ya se señaló en el acápite anterior los términos en los cuales debe realizarse ese traslado.

Así mismo, no corresponde a esta Magistratura realizar proyección alguna, como quiera que tal solicitud no hizo parte de las pretensiones de la demanda, ni de las excepciones propuestas, aunado a que en este escenario no se cuenta con los elementos necesarios para realizar tal proyección, correspondiendo al Fondo privado realizar la discriminación correspondiente de los valores a trasladar y a Colpensiones verificar la información que le es suministrada.

9.- Dado que no existen otros reparos, esta Colegiatura procederá a modificar los ordinales primero, segundo y tercero de la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, el 5 de agosto de 2019, por las razones aquí expuestas, en lo demás se confirma la decisión de instancia. Al no prosperar los recursos de alzada, las costas en esta instancia serán a cargo de las demandadas, 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 5 de agosto de 2019, en cuanto declaró la “nulidad” del traslado que hizo el actor del ISS a la AFP Porvenir, los cuales quedarán así:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de **LUIS CAMILO GUERRA JIMÉNEZ** al RAIS, realizada el 14 de octubre de 1997, 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. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

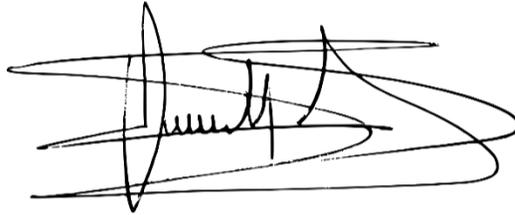
TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que reciba todos los valores que le sean trasladados por PORVENIR S.A. correspondientes a los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente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