



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
PROVIDENCIA: APELACION DE SENTENCIA
RADICADO: 20001-31-05-004-2021-00084-01
DEMANDANTE: ELIA LUZ SALGADO GAMERO
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, las apelaciones de la sentencia de primera instancia proferida el 22 de noviembre de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Elia Luz Salgado Gamero contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y Sociedad administradora de pensiones y cesantías Porvenir S.A.

ANTECEDENTES

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

1.1.- Que la primera afiliación de Elia Luz Salgado Gamero al Sistema General de Seguridad Social en pensiones fue ante el Instituto de Seguros Sociales – ISS, desde el 14 de noviembre de 1975 al 1 de marzo de 1999.

1.2.- Que a partir del 1 de marzo de 1999 pasó a cotizar en pensiones a Porvenir S.A., entidad que no cumplió con su deber de suministrar información.

1.3.- La ineficacia del traslado del régimen pensional de Elia Luz Salgado Gamero a Porvenir S.A.

1.4.- Que la única afiliación válida de Elia Luz Salgado para efectos de cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte es ante Colpensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD.

1.5.- Que se ordene a Porvenir S.A. entregar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la demandante, tales como: aportes a pensión, bonos pensionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, cuotas de administración.

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

1.7.- De manera subsidiaria solicitó que se ordene a Porvenir S.A. reconocer y pagar a la actora la pensión de vejez, en los términos previstos para esta prestación económica en el RPMPD.

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

2.1.- Que la demandante estuvo afiliada y realizó aportes al ISS desde el 14 de noviembre de 1975 al 1 de marzo de 1999.

2.2.- El 1 de marzo de 1999, el señor Orlando Daza, asesor de Porvenir S.A. se presentó en las instalaciones de la empresa en la cual laboraba la actora con el fin de obtener el traslado al RAIS administrado por ese fondo de pensiones.

2.3.- Que el asesor de Porvenir S.A. le manifestó que el ISS iba a desaparecer por no contar con fondos para financiar las pensiones de sus afiliados; y que al trasladarse al fondo de pensiones que él representaba, garantizaba su pensión de vejez y obtendría una mesada superior a la que ofrecía el ISS.

2.4.- Que el asesor no brindó información suficiente a la actora para determinar los aspectos positivos y negativos de una eventual afiliación al RAIS y su incidencia en el derecho a la pensión de vejez; no le informó que debía pagar cuota de administración, ni le suministró herramientas

financieras para analizar la viabilidad del traslado; ni le informó de la posibilidad de regresar al RPMPD antes de cumplir 47 años de edad.

2.5.- Que presentó reclamación administrativa ante Porvenir S.A. y Colpensiones, solicitando la declaratoria de ineficacia de su traslado pensional y la devolución de sus aportes a Colpensiones.

TRAMITE PROCESAL

3.- El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar – Cesar, admitió la demanda mediante auto del 8 de junio de 2021, 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) inexistencia de las obligaciones reclamadas, ii) falta de legitimación en la causa por pasiva, iii) prescripción extintiva de la acción, iv) buena fe, y v) innominada o genérica.

3.2.- El Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, excepcionando: i) prescripción, ii) buena fe, iii) inexistencia de la obligación, iv) compensación, y v) genérica.

3.3.- El 26 de octubre 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 22 de noviembre 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 practicaron las pruebas decretadas, se escucharon los alegatos de conclusión y se profirió la sentencia que hoy se revisa.

LA SENTENCIA APELADA

4.- El juez de instancia resolvió:

Primero: Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que la demandante Elia Luz Salgado Gamero, realizó el 1 de marzo de 1999, del Régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones a la Administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo: Condenar a Porvenir S.A., a realizar el traslado de la totalidad de los aportes por concepto de pensión, cotizados por la demandante Elia Luz Salgado Gamero, en su cuenta de ahorro individual, el bono pensional en caso de haberlo recibido, los rendimientos, y demás sumas de dinero recaudadas por concepto de aportes a pensión, hasta la fecha cuando se produzca el traslado a Colpensiones de las sumas indicadas, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Tercero: Condenar a Colpensiones, a que active la afiliación de la demandante Elia Luz Salgado Gamero a esa administradora de pensiones y reciba de Porvenir S.A., la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y el bono pensional en caso de haberse recibido, con base en lo mencionado en la parte considerativa de esta sentencia.

Cuarto: Declarar no probadas las excepciones perentorias de “buena fe”, “inexistencia de obligación”, “compensación”, “inexistencia de las obligaciones reclamadas”, “falta de legitimación en la causa por pasiva”, opuestas por las llamadas a juicio Porvenir S.A. y Colpensiones, contra las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo citado en la parte motiva de esta sentencia.

Quinto: Condenar al pago de costas incluidas las agencias en derecho a Porvenir S.A., en una suma de 2 SMMLV a la fecha de esta sentencia, conforme a la parte motiva de esta providencia.

Sexto: Absolver a la demandada Colpensiones de las restantes pretensiones de la demanda.

Como consideraciones de lo decidido, manifestó respecto a la excepción de mérito de prescripción, que el derecho pensional es imprescriptible, y aclaró que la acción de nulidad de traslado no está sometida al

fenómeno de la prescripción, de conformidad con las sentencias SL 1361-2019, 1213-1988, 9373-2017.

Seguidamente, 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 que es pacífico el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, vertido en sentencias SL037-2019 y SL1452-2019 según el cual 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.

Indicó que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la administradora a la que se le atribuye el incumplimiento de la obligación de suministrar información veraz y suficiente, previo al traslado y consecuente afiliación de la demandante, dada su proximidad a la prueba y condiciones técnicas e institucionales.

Expuso que, en el presente caso no existe prueba que acredite que Porvenir entregó a la demandante, información suficiente completa y clara sobre las implicaciones del traslado del régimen pensional que este efectuó el 1 de marzo de 1999 del antiguo ISS al fondo privado. Acotando que las afirmaciones consignadas en el formulario de afiliación del usuario no son suficientes para dar por demostrado el deber de información que le asiste a la demandada Porvenir S.A.

Concluyó entonces, que debe declararse la ineficacia del traslado y en consecuencia trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos, debidamente indexados.

Con fundamento en lo expuesto desestimó las demás excepciones propuestas por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., y a ésta última la condeno en costas.

4.1.- Inconforme con la decisión, la AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación alegando que el consentimiento informado para la escogencia del régimen pensional se materializó con la solicitud de afiliación, dado que, este no es un formato de afiliación pre impreso con una declaración vacía, sino un requerimiento legal señalado sobre la parte demandante, quien se presume como una persona capaz de obligarse.

Alega que, en el presente proceso, tampoco se alegan actuaciones dolosas que den lugar a declarar la ineficacia del acto jurídico y que, después de más de 20 años de afiliación al sistema pensional carece de fundamento alegar desconocimiento y engaño, razón por la cual no hay lugar a ordenar el traslado de los aportes.

Esgrime que la declaratoria de ineficacia trasgrede abiertamente el principio de la voluntad privada de la parte demandante, y que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, por tanto, no da lugar a la declaración judicial de nulidad de un negocio jurídico, de ahí que la parte que la ha cometido debe asumir todas las consecuencias del mismo.

4.2.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, presentó recurso de apelación, señalando que respecto a la carga de la prueba, se hace caso omiso a que hasta el año 2014 los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento y el consentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes entre el año 1994 y 2014 no exigían nada distinto al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS.

Alega que no es jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia

desvirtúa el principio de confianza legítima y también desconoce el art. 29 de la Constitución Política.

Indicó que los fallos proferidos por la CSJ contrarían el art. 1604 del Código Civil, puesto que su interpretación implica una responsabilidad objetiva en cabeza de los fondos, al no exigirle al demandante aportar soportes que demuestren la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, recayendo toda la carga probatoria en el fondo.

Arguye que tampoco se tiene en cuenta el art. 1509 del Código Civil, según el cual la ignorancia de la ley no sirve de excusa, así mismo la sentencia C-993 de 2006 que señaló que el error de derecho no da lugar a la declaratoria judicial de nulidad de un negocio jurídico, por lo que la parte que lo cometió debe asumir las consecuencias de su celebración.

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 de la 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 Elia Luz Salgado Gamero se encontraba afiliado en pensiones en el Instituto de Seguros Sociales desde el 14 de noviembre de 1975.

- La demandante solicitó vinculación y/o traslado de Régimen para el Fondo de Pensiones Porvenir S.A, el 1 de marzo de 1999.

- La actora 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 consta que la actora se afilió al R.A.I.S. administrado por Porvenir S.A. desde el 1 de marzo de 1999, se echa de menos prueba que acredite que el aludido fondo privado hubiera cumplido el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, a pesar de que dicha carga le correspondía.

Así las cosas, como la AFP Porvenir S.A. no logro acreditar el cumplimiento de su deber de información al accionante, de ello se extrae que fue esa la causa que lo llevó a tomar una decisión de traslado desconociendo sus consecuencias.

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 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 liberal 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, 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 a la afiliada 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 la 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, por tanto, las acusaciones de las censuras respecto al presunto desconocimiento de la carga probatoria, resultan infundadas.

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

Así mismo, conviene puntualizar que es equivocada la interpretación que realiza Colpensiones del postulado “el error de derecho no da lugar a la declaración judicial de nulidad de un negocio jurídico”, puesto que como ya se expuso en precedencia, la transgresión del deber de información cuando se realiza un cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia, pues si se atenta contra el derecho a la libre afiliación, la misma quedará sin efecto, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL 1452-2019 - CSJ SL4360-2019).

También se ha dicho por la Sala que:

“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”. (CSJ SL3708-2021)

La anterior postura ha sido reiterada entre otras, en sentencia SL 1006-2022, donde además el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, señaló que la declaración de ineficacia implica privar de todo efecto práctico al acto de traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se desvinculó del RPMPD, administrado por Colpensiones, por lo que al fondo de pensiones privado le corresponde trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación 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).

En consecuencia, la orden emitida por el Juez de instancia de ordenar a la AFP Porvenir trasladar la totalidad de los aportes por concepto de pensión cotizados por la demandante en su cuenta de ahorro individual, el bono pensional en caso de haberlo recibido, los rendimientos, y demás sumas de dinero recaudadas por concepto de aportes a pensión, 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 de la demandante junto con sus rendimientos.

De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. 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, Porvenir S.A. enfila su ataque al término que dejó transcurrir la demandante antes de manifestar su inconformidad con el traslado realizado, alegando que por ser superior a 20 años se entiende como una decisión consciente de pertenecer al régimen seleccionado, 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 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 segundo y tercero de la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, el 22 de noviembre 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.

DECISION

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 segundo y tercero de la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2021, los cuales quedarán así:

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la 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.

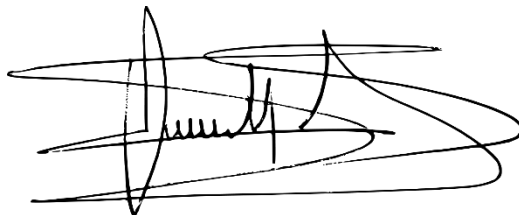
TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que reciba todos los valores que le sean trasladados por PORVENIR S.A. correspondientes a los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente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