



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
PROVIDENCIA: APELACION DE SENTENCIA
RADICADO: 20001-31-05-002-2020-00038-01
DEMANDANTE: MAIRA ALEJANDRA GUERRERO PÉREZ
DEMANDADA: AFP PORVENIR S.A. Y OTRO

MAGISTRADO PONENTE: ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Valledupar, nueve (9) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Una vez vencido el traslado para alegar de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, atiende la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, las apelaciones de la sentencia de primera instancia proferida el 21 de junio de 2022, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Maira Alejandra Guerrero Pérez contra la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

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.- La nulidad del traslado del régimen pensional de Maira Alejandra Guerrero Pérez, efectuado en el año 1999 a través de Porvenir.

1.2.- Que se ordene a Porvenir, trasladar los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses a Colpensiones.

1.3.- Que se ordene a Colpensiones que una vez la AFP Porvenir S.A. dé cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a aceptar el traslado de la señora Maira Alejandra Guerrero Pérez del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al de Prima Media con Prestación Definida.

1.4.- Que se condene en costas a las demandadas.

2.- Como fundamento de lo pretendido, relató:

2.1.- Que Maira Alejandra Guerrero Pérez inició su vida laboral en la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal).

2.2.- En el año 1999 se trasladó a Porvenir S.A., debido a que a la empresa en que laboraba se acercó un asesor de esa gestora pensional, con el fin de que realizará el traslado.

2.3.- Que el traslado se realizó sin que mediara asesoría, información o explicación alguna de las consecuencias, ventajas o desventajas del cambio de régimen.

2.4.- Que actualmente devenga un salario de \$1.657.395, sobre el cual el empleador le realiza los aportes en seguridad social.

2.5.- Que, de haber continuado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en Colpensiones, tendría derecho a una mesada pensional de \$931.614.

2.6.- La omisión de Porvenir, al no brindar asesoría e información sobre las consecuencias de cambio de régimen pensional, le ha causado un detrimento a su derecho pensional.

TRÁMITE PROCESAL

3.- El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar – Cesar, admitió la demanda mediante auto del 28 de febrero de 2020, disponiendo notificar y correr traslado a Colpensiones, y 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, y vi) la innominada o genérica.

3.2.- La AFP Porvenir S.A. dio contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones del libelo inicial, proponiendo como excepciones de mérito: i) prescripción, ii) buena fe, iii) inexistencia de la obligación, iv) compensación y v) excepción genérica.

3.3.- El 19 de enero de 2021, se dio inicio a la audiencia del artículo 77 del Código Procesal de Trabajo, en la que se declaró clausurada la audiencia de conciliación; al no contar con excepciones previas para resolver, ni encontrarse causal para invalidar lo actuado, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas solicitadas. Seguidamente, se instaló la audiencia de trámite y juzgamiento en la que se practicaron las pruebas decretadas.

3.4.- El 21 de junio de 2022, 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 Maira Alejandra Guerrero Pérez, realizó el 12 de mayo de 1999, de la Caja Nacional de Previsión “Cajanal”, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., como consecuencia de ello se entiende que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó en consonancia con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo: ORDENAR a la AFP Porvenir, trasladar a la Administradora de Fondo de Pensiones Colpensiones, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades debidamente indexados.

Tercero: ORDENAR a la administradora de pensiones Colpensiones que active la filiación de la demandante Maira Alejandra Guerrero Pérez y recibía por parte de Porvenir, la totalidad de lo ahorrado por ella en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos financieros y el bono pensional en caso de haberse recibido.

Cuarto: DECLARAR no probadas las excepciones perentorias opuestas por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., a las pretensiones de la demanda, conforme la parte motiva de esta sentencia.

Quinto: En caso de no ser apelada esta sentencia, por ser Colpensiones una de las condenadas y tratarse de una entidad pública, se ordena su consulta ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil – Familia – Laboral.

Como consideraciones de lo decidido, adujo el sentenciador de primer nivel 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, según se indicó en la sentencia de la CSJ Sala de Casación Laboral SL1688-2019, reiterada en sentencias SL 2209-2021, SL 2297-2021 y SL 3719-2021.

Expuso que, se encuentra acreditado que la demandante se encontraba afiliada al RPMPD a través de Cajanal, y se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A., el 12 de mayo de 1999, sin que se aviste prueba que demuestre que la gestora privada hubiese entregado a la demandante la información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional que efectuó para dicha fecha, hecho que invalida el referido traslado tal como lo ha precisado en reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema y como resultado de ello la ineficacia del traslado realizado con la consecuente nulidad que acarrea.

Precisó que, la demandante se encontraba hasta el 12 de mayo de 1999 afiliada a Cajanal, y que, si bien no se hizo efectivo su traslado al ISS, en el marco del Decreto 2196 de 2009, lo cierto es que la única entidad que existe con Régimen de Prima Media con Prestación Definida es Colpensiones, por lo que es esta entidad la encargada de recibir la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual en el fondo privado.

Concluyó que, como el fondo privado, como administradora del R.A.I.S. no brindó a la accionante la información necesaria sobre las posibles consecuencias que le acarrearía la afiliación al trasladarse de régimen, siendo carga suya demostrarlo, procede la declaratoria de ineficacia del traslado, por lo que corresponde a Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de pensión mínima y los valores

utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades debidamente indexadas.

Declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., incluida la de prescripción, puntualizando que la jurisprudencia ha determinado que por estar comprometido uno de los componentes pilares del derecho a la pensión de vejez, el cuál es el régimen a aplicar y por ende el monto, la ineficacia del traslado se torna imprescriptible.

4.1.- La AFP Porvenir apeló la decisión de instancia, esgrimiendo que la afiliación realizada para el año 1999 por la parte demandante, goza de plena validez, toda vez que se realizó conforme a la normatividad vigente, y la suscripción del formulario fue producto de su decisión libre e informada, como se aprecia en la solicitud de vinculación que diligenció para la época, la cual se encuentra conforme a los parámetros que establece el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, siendo auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso.

Alega que, la suscripción del formulario de vinculación acredita que la actora fue consciente de la implicación y efectos del traslado, agregando que también le garantizó el derecho al retracto tal como lo dispone el art. 3 de la Ley 100 del 93 y las modificaciones introducidas por el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, de modo que el día 14 de enero del 2004, publicaron en el diario El Tiempo un comunicado de prensa informando la posibilidad que contaban los afiliados para trasladarse entre régimen.

Esgrime que la demandante permaneció más de 26 años en el régimen de ahorro individual y ahora manifiesta que nunca recibió información y que desconoce las condiciones y beneficios del traslado realizado, por lo que señala que, en caso de resultar condenada, no es de recibo que se le ordene entregar los emolumentos económicos recaudados mensualmente, de manera indexada, puesto que, al recibirlos la entidad se realizó una inversión bursátil, la que ha tenido rendimientos, tal como se avizora en la historia laboral, por lo que alega que no puede condenarse al pago de una doble obligación, causándole detrimento

patrimonial al Fondo de pensiones, aunado a que no lo establece la norma.

4.2.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, presentó recurso de apelación, indicando que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de las asesorías que debió brindar al momento de la afiliación debe ser analizada bajo la normatividad vigente para la fecha de la suscripción del formulario o materialización del traslado.

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 transgrede el principio de confianza legítima, máxime que el art. 29 de la Constitución Política establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales, y nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes pre existentes al acto que se imputa.

Alegó que, el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, que, sin haber participado en el trámite del traslado, ni en los hechos que dieron origen a la presente controversia, es quien debe afrontar la carga de la prestación.

En este sentido el Decreto 2241 del 2010 establece el Régimen de protección al consumidor financiero, y determina las obligaciones en cabeza del afiliado que pertenece al sistema general de pensiones destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consiente de pertenecer al régimen seleccionado.

Arguye que tampoco se tiene en cuenta el art. 1509 y 9 del Código civil, según los cuales la ignorancia de la ley no sirve de excusa y el error de derecho no da lugar a la declaratoria judicial de nulidad de un negocio jurídico.

Aduce que, el Decreto 2550 de 2010 determinó las obligaciones que debe cumplir el afiliado que permanezca en el Sistema General de

Pensiones, en las que se incluye informarse de las condiciones del sistema aprovechando los mecanismos de divulgación, emplear adecuada atención y cuidado en toma de decisiones, leer las condiciones de afiliación al sistema, revisar las condiciones de afiliación o traslado, informarse de los canales para presentar peticiones quejas o reclamos, propender del uso de mecanismos a disposición del consumidor financiero para la educación Financiera y previsional, así como para el suministro de información.

Por lo que aduce que la demandante no puede alegar el desconocimiento de la norma, y en caso de desconocerla, ello no es eximente para cumplirla, de ahí que su descuido o abandono de la obligación de informarse no puede acarrear la nulidad de un acto jurídico válidamente celebrado.

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 Porvenir S.A. en los términos que lo hizo.

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

- Que Maira Alejandra Guerrero Pérez estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD administrado por Cajanal.

- La demandante solicitó vinculación y/o traslado de Régimen para el Fondo de Pensiones Porvenir el 12 de mayo de 1999, la que se hizo efectiva a partir del 1 de julio de la misma calenda.

- El 21 de agosto de 2019 la demandante presentó solicitudes ante Colpensiones y la AFP Porvenir, a fin de retornar nuevamente al RPMPD, obteniendo respuestas negativas, de fecha 27 de agosto y 3 de septiembre del mismo año, respectivamente.

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

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

(...)

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

(...)

- e. Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse

de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (...)

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

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

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

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

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

En el presente asunto, si bien obra el formulario de afiliación al R.A.I.S. suscrito por la demandante el 12 de mayo de 1999, de éste lo que se puede extraer es, simplemente la fecha de su diligenciamiento y los datos personales y laborales de la afiliada, 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 Porvenir S.A. hubiera cumplido el deber de suministrar a la afiliada 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 la señora Maira Alejandra Guerrero Pérez firmó el formulario de afiliación consciente de la implicación y efectos del traslado, 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 las cosas, si bien consta que la actora se afilió al R.A.I.S. administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 1 de julio de 1999, se echa de menos prueba que acredite que este fondo privado hubiera cumplido el deber de suministrar a la afiliada 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.

De ahí que, como la AFP Porvenir S.A., no logró acreditar el cumplimiento de su deber de información a la accionante, de ello se extrae que fue esa la causa que la llevó a tomar una decisión de traslado desconociendo sus consecuencias, puesto que la actora no contaba con elementos necesarios para determinar el régimen pensional en que le convenía estar afiliada.

8.2.- Es pertinente señalar que la Corte también ha explicado que con el paso del tiempo el nivel de información ha alcanzado un mayor nivel de exigencia, identificándose tres etapas que – conforme a las normas que

han regulado el tema-, abarcan tres períodos: i) desde 1993 hasta 2009, ii) desde 2009 hasta 2014, y iii) de 2014 en adelante.

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

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|--|--|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría 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, el 1 de julio 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».

Entonces, las AFP desde su creación y entrada en funcionamiento tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante el suministro de información suficiente y transparente, a fin de que el afiliado contará con los elementos suficientes para elegir la opción que mejor se ajustara a sus intereses. Así las cosas, la obligación de información no se constituye en una carga adicional, sino simplemente en un deber de la administradora desde el momento de su constitución.

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

8.3.- De otra parte y en lo que hace a la carga de la prueba en los casos de ineficacia del traslado de régimen pensional, correspondía a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones del RAIS, demostrar la diligencia, cuidado y buena fe en el cumplimiento del deber de información a su cargo, así como su acreditación. Al respecto, en sentencia CSJ SL2601-2021 en la que se rememoró la SL1688-2019, se indicó:

De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, **debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.**

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se

suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (CSJ SL1688-2019)

De la jurisprudencia transliterada, se extrae que en el presente asunto hay lugar a la inversión de la carga de la prueba, como quiera que 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 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 el deber de información que le incumbía.

8.4.- Ahora bien, Porvenir S.A. esgrime en su favor que, garantizó el derecho de retracto a la demandante, como quiera que mediante publicación del 14 de enero de 2004 realizada en el diario El Tiempo informó a todas las personas que habían emigrado a estos fondos privados, que contaban con la posibilidad de retornar al régimen que pertenecían anteriormente, pero que la actora no se trasladó.

El anterior argumento, no es de recibo en esta instancia, como quiera que en el presente caso no se está pretendiendo el traslado de régimen, que es una figura instituida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sino la declaratoria de ineficacia de un traslado que se realizó años atrás y en el cual no medio el consentimiento informado de la señora Jenny Maira Alejandra Guerrero Pérez.

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

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

De ello deviene que, resulta equivocado el análisis de este tipo de asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (SL1688-2019), razón por la cual, es acertada la decisión del Juez de primer grado al declarar la ineficacia del traslado.

Así mismo, conviene puntualizar que yerra Colpensiones al pretender que en el presente asunto se aplique el principio de que “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 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).

Así las cosas, la orden emitida por el Juez de instancia de ordenar a la AFP Porvenir trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, “el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades debidamente indexados”, se torna acertada.

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 aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, que se hicieron a ese fondo en los períodos en que estuvo afiliada, el porcentaje cobrado por comisiones, 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, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. 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 el ordinal tercero de la sentencia apelada.

8.6.- Finalmente, Porvenir S.A. enfila su censura alegando que condenar a este Fondo a devolver lo que se encuentra actualmente en la cuenta de ahorro individual indexado, implica un pago doble por el mismo

concepto, puesto que los aportes realizados por el demandante cuentan con los respectivos rendimientos generados por la inversión bursátil.

A este respecto, ha sido pacífica la postura del órgano de cierre de la jurisdicción laboral, respecto a que la consecuencia de la declaratoria de ineficacia da lugar al restablecimiento de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual de manera plena y retroactiva, así lo puntualizó en reciente sentencia SL4242-2022, en la que dijo:

“como la consecuencia de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado es precisamente retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de dicho cambio, a través de las restituciones mutuas que deben hacer las partes; en esa medida, cada contratante debe devolver al otro lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que se deja sin efecto, por lo que el restablecimiento de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual debe ser plena y retroactiva, lo que incluye el reintegro a Colpensiones de las sumas cobradas por la AFP por concepto de gastos de administración, además de los aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a ese fondo en el tiempo que estuvo afiliada la actora. Igualmente, el porcentaje cobrado por comisiones, 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, durante el tiempo en que la demandante estuvo vinculada a esa administradora.” (subrayas propias)

De conformidad con la providencia transliterada, la orden de trasladar los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual y los demás emolumentos reseñados debidamente indexados no transgrede el orden jurídico, sino que corresponde a la consecuencia de la declaratoria de ineficacia y su consecuente devolución a la parte afectada del negocio jurídico que se dejó sin efecto, máxime que, no se puede desconocer que la indexación tiene como objeto corregir la pérdida de valor adquisitivo del dinero causado por el incremento de precios o inflación.

Por tanto, la censura de la pasiva respecto a la condena al pago de indexación, se despacha desfavorablemente.

9.- Dado que no existen otros reparos, esta Colegiatura procederá a modificar el ordinal segundo y tercero de la decisión proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, el 21 de junio de 2022, 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 Colpensiones y AFP Porvenir, se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV, las cuales se liquidarán de forma concentrada por el juzgado de origen, en virtud del artículo 366 del CGP.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:** MODIFICAR los ordinales segundo y tercero de la sentencia proferida el 21 de junio de 2022, el cual quedará así:

SEGUNDO: Ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, los aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, que se hicieron a ese fondo en los períodos en que estuvo afiliada, el porcentaje cobrado por comisiones, 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, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. 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 active la filiación de la demandante Maira Alejandra Guerrero Pérez y reciba por parte de Porvenir S.A., los aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, que se hicieron a ese fondo en los períodos en que estuvo afiliada, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y

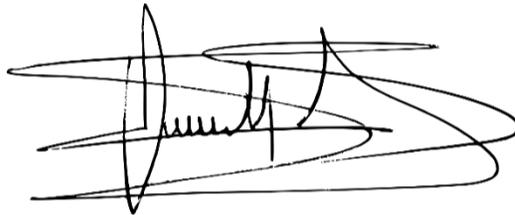
sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. De conformidad a lo ordenado en el numeral segundo de esta providencia.

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



HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado