



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO

SALA ÚNICA

EDICTO No. 021

LA SUSCRITA SECRETARIA DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, POR MEDIO DEL PRESENTE EDICTO NOTIFICA A LAS PARTES LA PROVIDENCIA DE FECHA 29 DE MARZO DE 2023 QUE EMITE SENTENCIA, DICTADA DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL CON RADICACIÓN No. 15759-31-05-001-2021-00241-01:

DEMANDANTE(S) : CIRO MARTÍN RINCÓN TORRES
DEMANDADO(S) : SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR Y COLPENSIONES
FECHA SENTENCIA : 29 DE MARZO DE 2023
MAGISTRADO(A) PONENTE : Dr. EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

EL PRESENTE EDICTO SE FIJA EN LA PÁGINA WEB DE LA SECRETARÍA DE LA SALA ÚNICA POR UN (1) DÍA HÁBIL, HOY 30/03/2023 a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del C.P.T.S.S., en concordancia con el artículo 40 ibídem y la notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de la fijación del Edicto.


RUTH ALCIRA COMBARIZA ROJAS
Secretaria

El presente EDICTO se desfija hoy: 30/03/2023 a las 5:00 p.m.


RUTH ALCIRA COMBARIZA ROJAS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2.007

SALA ÚNICA

CLASE DE PROCESO	: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN	: 15759310500120210024101
DEMANDANTE	: CIRO MARTIN RINCÓN TORRES
DEMANDADOS	: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES-.
MOTIVO	: APELACIÓN DE SENTENCIA Y CONSULTA
ACTA DE DISCUSIÓN	: ACTA NÚM. 044
DECISIÓN	: MODIFICA
MAGISTRADO PONENTE	: EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Santa Rosa de Viterbo, Boyacá, veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023),

ASUNTO A DECIDIR:

El recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas y el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia del 31 de octubre de 2022, proferida dentro del proceso de la referencia por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sogamoso.

ANTECEDENTES PROCESALES:

I.- La demanda:

CIRO MARTIN RINCÓN TORRES, a través de apoderado judicial, el 27 de octubre de 2021, presentó demanda en contra de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, para que, previos los trámites del proceso ordinario laboral de primera instancia, se declare: (i) la nulidad y/o ineficacia del contrato de afiliación suscrito entre el demandante y RAIS fondo de pensiones y cesantías BBA

HORIZONTE, hoy PORVENIR, por no cumplir con sus obligaciones legales y contractuales referentes al suministro de información; (ii) que RAIS PORVENIR incurrió en omisión en el deber de información; (iii) que el señor CIRO MARTIN RINCÓN se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES sin solución de continuidad desde 1994; (iv) se condene a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES todas las sumas de dinero recibidas por motivos de la afiliación al RAIS como aportes, bonos pensionales, sumas adiciones, frutos intereses que obren en la cuenta de ahorro individual; y (v) que se condene a COLPENSIONES a aceptar la devolución de los aportes

Funda las pretensiones, en síntesis, en los siguientes hechos:

- 1.- CIRO MARTIN RINCÓN TORRES nació el 09 de diciembre de 1958.
- 2.- El 22 de febrero de 1994 el demandante se afilió al régimen pensional de prima media con prestación definida, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES.
- 3.- El 12 de diciembre de 2002, le hicieron firmar un formulario de afiliación con el Fondo de Pensiones y Cesantías BBVA Horizonte, hoy PORVENIR S.A, en razón a que el asesor de la época le hizo incurrir en error, pues no le dio la información necesaria, suficiente, clara y oportuna sobre los aspectos relevantes de dicho traslado; no se le ilustró acerca de los regímenes pensionales, los beneficios y desventajas de afiliarse a cada uno de ellos, no se le hizo entrega del reglamento de funcionamiento, ni proyección de la mesada pensional.
- 4.- El 18 de febrero de 2021 solicitó proyección de pensión ante PORVENIR S.A., informándole que tenía derecho a una mesada equivalente a \$908.526 a la edad de 62 años.
- 5.- Verificado el historial de cotización en el régimen de prima media con prestación definida, con 1.300 semanas cotizadas, se puede concluir que recibiría una mesada pensional por valor de \$1.783.938, para el año 2021.
- 6.- En el año 2021 solicitó a COLPENSIONES y PROVENIR S.A. la nulidad del traslado, peticiones que fueron despachadas desfavorablemente.

II.- Admisión, traslado y contestación de la demanda.

La demanda fue admitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Sogamoso, al que correspondió por reparto, en providencia del 17 de marzo de 2022.

Corrido el traslado, COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones por carecer de sustento fáctico y jurídico que las sustenten, advirtiendo que existe plena legalidad de la afiliación, pues el traslado se realizó de forma voluntaria por el demandante. Frente a los hechos, aseguró no constarle o no ser ciertos aquellos en que se fundan las pretensiones. Como excepciones de mérito propuso las que denominó: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva, Inexistencia del derecho y la obligación, Error de derecho no vicia el consentimiento, Imposibilidad del traslado, Presunción de legalidad de los actos jurídicos, Cobro de lo no debido, Buena fe de Colpensiones, Inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, Enriquecimiento sin justa causa, Improcedencia de costas e intereses en contra de Colpensiones, Conmutación pensional, Prescripción, Prescripción de la acción, Innominada o genérica”*.

Por su parte, PORVENIR S.A., igualmente, se opuso a las pretensiones por carecer de fundamento fáctico y jurídico, frente a los hechos señaló no constarle y no ser ciertos aquellos relativos a la falta de información, pues, previo al traslado, la ARP demandada informó al demandante las condiciones y características del régimen pensional; el demandante recibió información clara, veraz y oportuna, con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión lo más informada y libre posible, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993 (normativa que contiene el deber de información oponible a las AFP al momento en que se materializó el traslado de régimen pensional). Propuso como excepciones: *“Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la innominada o genérica”*.

III.- Sentencia impugnada

En audiencia del 14 de diciembre de 2021, practicadas las pruebas decretadas y escuchadas las alegaciones de las partes, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso dictó sentencia a través de la cual: (1) Declaró la ineficacia de la afiliación y traslado de CIRO MARTIN RINCÓN TORRES del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad

efectuado el 12 de diciembre del año 2012 y que se hizo efectivo el día primero de febrero del año 2003 a Porvenir Pensiones y Cesantías S.A. (2) ordenó a la sociedad Administradora del Fondo de pensiones y Cesantías Porvenir S.A. trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- todos los valores que hagan parte de la cuenta de ahorro individual del señor CIRO MARTIN RINCÓN TORRES, dineros que deben incluir los respectivos rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales, aportes voluntarios con sus frutos o rendimientos; (3) ordenó a COLPENSIONES recibir sin solución de continuidad al señor CIRO MARTIN RINCÓN TORRES dentro del régimen de prima media con prestación definida; (4) Declaró no prósperas las excepciones propuestas por las demandadas; (5) Condenó en costas a las demandadas.

Para el efecto, luego de hacer referencia a las disposiciones jurisprudenciales que sobre el punto ha previsto la Corte Suprema de Justicia, precisó que era a la AFP PORVENIR a quien le correspondía demostrar que la asesoría que en su momento brindó al afiliado fue completa para que este pudiera conocer los riesgos y ventajas del traslado; sin embargo, ello no se demostró y, por ende, no se podía tener por valido el traslado de régimen y el mismo resultaba ineficaz.

IV.- De la impugnación.

En contra de la referida sentencia, interpuso recurso de apelación COLPENSIONES, con la pretensión de que se revoque la decisión recurrida y, en su lugar, se nieguen todas y cada de una de las pretensiones de la demanda.

1.- No es posible acceder al traslado de régimen, en la medida que el demandante está a diez años o menos de pensionarse, lo que hace improcedente el traslado en virtud de las disposiciones legales.

2.- Frente al deber de información, la misma CSJ ha distinguido las diferentes etapas y formas de información, en este caso, la única información que debía efectuar la AFP era la vigente al momento del traslado, esto es, una primera etapa de información en la que solamente era exigible la firma del afiliado.

3.- Hasta el año 2016 los fondos privados cuentan solamente con el formulario de traslado, que era lo único exigido hasta esta fecha.

4.- Se está obligando al fondo pensional a lo imposible, pues si no era exigible más que la firma, no hay lugar a presentar una exigencia mayor.

5.- La decisión proferida afecta la estabilidad financiera del sistema de pensiones.

De forma subsidiaria solicitó que, para evitar la descapitalización del sistema, se debe ordenar a la AFP, además, la respectiva indexación de las sumas de dinero.

V.- Alegaciones en segunda instancia

Corrido el traslado propio del Decreto 806 de 2020, las partes se pronunciaron como sigue:

Tanto COLPENSIONES como PORVENIR S.A. coincidieron en señalar que se revoque la decisión de primera instancia y, en su lugar, se nieguen las pretensiones del demandante, para lo cual insistieron que el traslado de régimen que en su oportunidad de se presentó se dio de manera libre y voluntaria.

Por su parte, del demandante solicitó que se confirme la sentencia en su integridad, toda vez que la misma e encuentra ajustada a derecho.

VI. LA SALA CONSIDERA:

1.- Presupuestos procesales.

Revisada la actuación, concurren en la misma los llamados presupuestos procesales y como, además, no se vislumbra nulidad que deba ser puesta en conocimiento de las partes para su saneamiento o declarada de oficio, la sentencia será de fondo o mérito.

2.- Problema jurídico.

Como la sentencia fue apelada por la demandada COLPENSIONES y, además, está sometida al grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C. P. T. y S. S., en la medida en que fue adversa de manera total a una entidad pública, la Sala debe revisarla en su integridad, sin más limitaciones que las derivadas de la propia demanda y de su contestación. Así, vista la sentencia son

temas a revisar en esta instancia: (1) Si es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, por haberse desconocido al demandante el derecho a elegir libre y voluntariamente el régimen deseado (2) si Porvenir S.A. debe trasladar a COLPENSIONES lo que hubiese cotizado el demandante de haber permanecido en el ISS hoy COLPENSIONES durante todo el tiempo que ha estado como su afiliado, incluidos los gastos de administración.

2.1. Fundamento Jurídico

Deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones

Desde el nacimiento de las administradoras del régimen de ahorro individual, se impuso a las Administradoras de Fondos Pensionales la obligación de suministrar información necesaria para lograr la mayor transparencia en el proceso de afiliación, como lo dispone el numeral 1°, artículo 97 del Decreto 663 de 1993, garantizando que la misma se efectúe de manera libre y voluntaria, lo que implica realizar una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, para que el potencial afiliado tenga conocimiento frente a los mismos y pueda compararlos, de suerte que le sea permitido, a través de elementos de juicio claros, escoger la mejor opción del mercado.

En ese entendido, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció que los trabajadores tienen la opción de elegir *libre y voluntariamente* el régimen que más les convenga, expresión que, conforme a lo dicho por el Máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, supone aquel conocimiento que alcanza el afiliado cuando se advierten, de forma completa, las consecuencias que el acto de traslado acarrea.

Sobre el deber de información, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3168-2021, reiteró los diversos pronunciamientos que sobre el punto han sido expuestos por la misma Corporación, así:

“Como ha tenido ocasión de reiterar esta corporación, el traslado de régimen pensional debe estar precedido de la existencia de un verdadero consentimiento informado de la parte interesada para que sea válido, toda vez que es un deber profesional de las administradoras de fondos de pensiones brindar toda la información requerida para que el afiliado tome una decisión como la que se cuestiona, con conocimiento sobre sus implicaciones.

Al efecto, la Corte ha considerado, tal como se expuso en decisión CSJ SL12136-2014, «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 allí que:

[...] no podría argüirse 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.

En dicho sentido se ha considerado que la información necesaria refiere a la descripción, características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que implica un cotejo entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Sobre este puntual aspecto se memora la providencia CSJ SL1688-2019, rad. 68838, en la que se dijo:

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

[...]

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «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»».

En ese entendido, es claro que, para que pueda entenderse que existe una manifestación libre y voluntaria, en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es necesario que el afiliado conozca la incidencia de la acción de traslado frente a los derechos prestacionales, por lo que ha sido una obligación permanente de las administradoras brindar información clara y suficiente de los efectos que genera el cambio de régimen, para garantizar que la elección del interesado se ha dado con pleno conocimiento de las consecuencias que de allí se derivan.

El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado.

Reconocida la importancia que trae para el traslado del régimen el conocimiento del afiliado tanto de las ventajas como desventajas que acarrearán una decisión en tal sentido, resulta diáfano que la sola firma del formulario, así como las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos de los fondos de pensiones, 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 o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, pues estas a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no un conocimiento claro de las implicaciones.

La Corte Suprema de Justicia, en la misma sentencia que acaba de citarse, respecto al punto, señaló:

“Ahora bien, el deber de información a cargo de las AFP, en los términos en que le era exigible para la época del traslado del actor -junio de 2000-, no se cumple con la suscripción de un formulario de traslado, en la medida que lo exigido por las normas vigentes a esa fecha era dar a conocer «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» (numeral 1, artículo 97 Decreto 663 de 1993), mandato que implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, que aluda tanto a las ventajas como a las desventajas de los regímenes pensionales.

(...). Sobre el contenido y alcance de la norma en comento, en la ya rememorada decisión CSJ SL1688-2019, rad. 68838, se puntualizó lo siguiente:

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

[...]

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»¹.

En ese contexto, es dable afirmar que el formulario de afiliación y traslado solo muestra el consentimiento de la persona, pero no, que este fuera informado; es decir, no se sule el deber de información de parte de las administradoras de fondos de pensiones del RAIS a los afiliados, con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, por constituir de suyo, una expresión genérica, que no consulta con la necesidad de que a las personas antes de la concreción del acto jurídico, les sean informadas verdaderamente las incidencias que, respecto a sus prestaciones pensionales puedan tener, para lo cual, es necesario que se cuente adicionalmente con un consentimiento informado. (SL4875-2020 y SL4680-2020).

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

Lo expuesto hasta este momento, advierte con claridad que, cuando se dirime la eficacia del traslado de régimen, resulta indispensable la demostración del consentimiento informado por parte del afiliado, pues solo por su intermedio se genera en el juzgador la convicción de que el contrato de aseguramiento goza de plena validez.

En ese entendido, surge el interrogante de cuál de los sujetos procesales es el llamado a demostrar la existencia de tal información; y aunque en principio, se sabe que es el demandante quien tiene la carga de demostrar los supuestos de hecho de las normas cuyo efecto jurídico pretende su aplicación, es igualmente cierto que si el demandante afirma que al momento de la afiliación no se le informó de manera adecuada las consecuencias del traslado, ello corresponde a una negación indefinida que, inmediatamente, traslada la carga probatoria a la demandada, para que demuestre el hecho positivo, inherente al cumplimiento de las exigencias legales del caso que no son otras que el deber de información al afiliado.

¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral SL3168-2021 Radicación n.º 87797 del 21 de julio de 2021.

“Al estar centrado el debate en que la AFP, no suministró la información pertinente que ilustraran a la accionante al momento del traslado, se está en presencia de una negación indefinida que traslada la carga de probar positivamente a la AFP, al respecto en sentencia SL SL1688-2019, así:

3.- 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.

[...]

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional².

Así las cosas, como 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, para que el afiliado prevea los riesgos y efectos negativos de esa decisión, es la misma administradora la que tiene la carga probatoria de demostrar el cumplimiento de su deber, como lo impone la Ley.

2.2.- De la ineficacia del traslado en el caso en concreto.

En el presente asunto, la recurrente considera que la decisión del juez de primera instancia desconoce de manera flagrante el ordenamiento jurídico, dejando sin eficacia un traslado de régimen que cumplió con todas las exigencias legales vigentes para el año 2002, y que fue efectuado por el demandante de forma consciente, espontánea, sin presiones, tal y como se encuentra plasmados en el formulario de vinculación que el accionante firmó.

² Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral SL4373-2020 Radicación N.º 67556 del 28 de octubre de 2020.

Al tenor de los parámetros jurisprudenciales señalados, es diáfano que la aseveración del afiliado, inherente a la inexistencia de información clara y verídica del traslado, corresponde a una afirmación negativa de carácter indefinido, que solo puede ser desvirtuada por el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió con tal obligación, pues no solo está obligada a conservar la documentación soporte del traslado en sus archivos, sino que tiene el deber de demostrar su cumplimiento ante cualquier autoridad que lo exija.

Así, en este evento, la parte demandante afirmó desde el líbello introductorio que fue inexistente la información que debía brindar la administradora del fondo pensional, situación fáctica que reafirmó en su interrogatorio, cuando indicó que se trasladó al RAIS, porque al momento de la afiliación le fue manifestado que en el fondo privado su dinero generaría interés, sin que le haya sido manifestado dato adicional; aunado a que, para ese momento, tanto él como sus compañeros tenían miedo de que el ISS se iba a acabar, pues era el comentario de la época; pero nunca le fueron referidas las posibles consecuencias de su traslado.

De ahí que, afirmado por el afiliado el incumplimiento de PORVENIR para dar a conocer las consecuencias del traslado, surgía para esta administradora la obligación inmediata de demostrar que, contrario a lo dicho, sí acató las exigencias inherentes a la información clara y precisa que debía ser comunicada al afiliado; sin embargo, de la prueba documental que obra en el expediente, apenas si se cuenta con el formulario pre impreso de vinculación, documento que, como se dejó debidamente señalado en precedencia, no es suficiente para demostrar que se asesoró al trabajador, de tal forma que no le quedara ninguna duda de los riesgos y ventajas que asumiría con el cambio.

Y es precisamente, ante la omisión probatoria de PORVENIR, que el funcionario judicial no tenía otra salida diferente a la de tener por ciertos los señalamientos del demandante, según los cuales nunca se le informó de las consecuencias jurídicas, ventajas y desventajas respecto a los dos regímenes, no se le entregó la información suficiente y transparente que le permitiera elegir aquella opción que mejor se ajustará a sus intereses, ni se le suministró la asesoría en forma correcta de los efectos que traen consigo el cambio de régimen.

En este punto resulta importante advertir que no es el interrogatorio del demandante el que hace prueba de la falta de información, pues es principio universal del

derecho que nadie puede constituir su propia prueba; por el contrario, es la ausencia probatoria de PORVENIR la que permite considerar verídicos tales señalamientos, pues, como se ha dicho, al invertirse la carga de la prueba, a quien le correspondía demostrar el acatamiento de la Ley era a la Administradora pensional y como ello no ocurrió, debe presumirse que su obligación fue incumplida, como en efecto fue afirmado por el actor.

En ese entendido, ningún yerro puede atribuirse a la decisión del juez de primera instancia, pues lo cierto es que en este caso no se demostró el cumplimiento del deber de información sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y por ende, el mismo se tornaba ineficaz.

2.3.- De la devolución de aportes y gastos de administración

Sobre este punto en particular, de antaño, el mismo órgano de cierre tantas veces citado en esta providencia, ha decantado que al declararse la ineficacia del traslado, las cosas deben retornar al estado en que se encontraban antes de que este acaeciera, es decir, como si el traslado nunca hubiese existido; lo que de sumo implica la obligación de la administradora del fondo pensional a devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones. Así lo ha precisado dicha Corporación:

“Ahora bien, en lo atinente a los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, para la Sala consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que la entidad privada deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, tal como se dejó sentado, entre otras, en las decisiones CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrino:

[...]

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en

el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Bajo la misma línea, en providencia CSJ SL1688-2019, se expresó:

Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos”³.

Bajo ese supuesto, la orden de devolución de gastos de administración dispuesta por la juez de primera instancia se ajusta plenamente a los efectos jurídicos que se derivan de la ineficacia del traslado.

Ahora bien, en lo que le asiste razón a la entidad recurrentes es que las devoluciones deben reintegrarse debidamente indexadas, pues esta ha sido la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia en diversas oportunidades, en las que ha referido que a indexación impide cualquier efecto negativo en la sostenibilidad financiera del sistema. Así se indicó en Sentencia SL4237-2022 Radicación N° 89294 del 05 de diciembre de 2022.

*“[A]sí las cosas, se dispondrá que Porvenir S. A. devuelva a Colpensiones lo depositado en la cuenta de ahorro individual de la solicitante, a saber, aportes y bonos pensionales si a estos hubiese lugar, junto con sus rendimientos financieros y, a ésta y a Protección S. A. que con cargo a sus propios recursos entreguen: i) las comisiones y gastos de administración, ii) los valores utilizados en seguros previsionales y, iii) los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados**, durante todo el tiempo que la actora permaneció en el RAIS.*

Tal pronunciamiento, se agrega, se encuentra de conformidad con lo expuesto en las sentencias CSJ SL2177-2022, SL2272-2022, CSJ SL1637-2022 y, CSJ SL2369-2022, en las que se precisó, sobre la devolución de los gastos de administración, que:

[...] al declararse la ineficacia del traslado las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que la administradora tiene que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, al disponer: «Los costos de administración del

³ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral SL3168-2021 Radicación n.º 87797 del 21 de julio de 2021.

sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley» (CSJ SL5595-2021).

*Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, **sumas debidamente indexadas**, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020, CSJ SL5595-2021)*

(...)

*Tales consideraciones, sirven de fundamento a su turno para despachar desfavorablemente el argumento de Colpensiones relativo a que la decisión de declarar la ineficacia impacta negativamente la sostenibilidad financiera del sistema, en la medida que la consecuencia jurídica referida implica la devolución de todas las sumas a las que se ha hecho referencia, **debidamente indexadas**, con la finalidad de que financien las futuras prestaciones que deban concederse a la actora por parte del RPMPD. (Negrillas y subrayas fuera de texto original)*

En consecuencia, la decisión de primera instancia será modificada para advertir que la devolución de las sumas de dinero debe darse debidamente indexadas.

2.4.- De la excepción de prescripción

Como el proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta, se impone necesario analizar lo concerniente a la prescripción de la acción, encaminada a la declaratoria de nulidad de traslado entre regímenes pensionales, respecto al cual, la Corte Suprema de Justicia ha decantado su inoperancia, en tanto, este se compadece con la garantía del derecho pensional, que permite la consolidación de un derecho no susceptible de extinción.

“En materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:

en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo”⁴.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia en precedencia, se debe declarar la inoperancia del medio exceptivo de la prescripción, como a bien lo tuvo la A quo. Por tanto, La sentencia consultada también será confirmada en este aspecto.

3. – Costas

Como quiera que se trata del grado jurisdiccional de consulta y, además, el recurso propuesto prosperó parcialmente en lo relativo a las sumas de dinero que deben ser indexadas, no hay lugar a condena en costas. Artículo 365 C.G.P.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, LA SALA CUARTA DE DECISIÓN DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, BOYACÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia impugnada y consultada, el cual quedará a así:

ORDENAR a la sociedad Administradora de Fondo de pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- todos los valores que hagan parte de la cuenta de ahorro individual del señor CIRO MARTIN RINCÓN TORRES, dineros que deben incluir los respectivos rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales, aportes voluntarios con sus frutos o rendimientos según lo dispone el art. 2742

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral SL2611-2020

del C.C., debidamente indexados, y sin realizar descuentos por cuotas de administración

SEGUNDO: CONFIRMAR y DECLARAR AJUSTADA A DERECHO, en los demás aspectos, la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no haberse

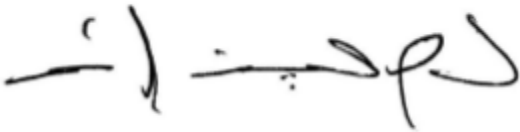
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado