



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO

SALA ÚNICA

EDICTO No.155

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 DIECIOCHO (18) DE DICIEMBRE DE 2023 QUE EMITE SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA DICTADA DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL:

RADICACIÓN : 15759-31-05-002-2022-00022-01
DEMANDANTE(S) : LUIS ORLANDO FANDIÑO SIERRA
DEMANDADO(S) : AFP PROVENIR S.A. Y COLPENSIONES
FECHA SENTENCIA : 18 DE DICIEMBRE 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 19/12/2023 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: 19/12/2023 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	:	15759310500220220002201
DEMANDANTE	:	LUIS ORLANDO FANDIÑO SIERRA
DEMANDADOS	:	PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
MOTIVO	:	APELACIÓN DE SENTENCIA Y CONSULTA
ACTA DE DISCUSIÓN	:	ACTA NÚM. 187
DECISIÓN	:	CONFIRMAR
MAGISTRADO PONENTE	:	EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Santa Rosa de Viterbo, Boyacá, dieciocho (18) de diciembre de dos mil veintitrés (2023),

ASUNTO A DECIDIR:

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia del 12 de julio de 2023, proferida dentro del proceso de la referencia por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso.

ANTECEDENTES PROCESALES:

I.- La demanda:

LUIS ORLANDO FANDIÑO SIERRA, a través de apoderado judicial, el 04 de febrero de 2022, 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 ineficacia del traslado de régimen que realizó el demandante del INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL -ISS-, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES -, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por carecer de consentimiento informado; (ii) que para efectos pensionales el señor LUIS ORLANDO FANDIÑO SIERRA continúa y se encuentra

afiliado al régimen de Prima Media con Prestación Definida que es administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES -; y (iii) SE ORDENE a PORVENIR S.A. proceda a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, todas las sumas de dinero que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con las sumas adicionales, saldos con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración y cualquier otro emolumento del caso.

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

- 1.- CRISTÓBAL CASTAÑEDA FERRER nació el 21 de septiembre de 1961.
- 2.- El demandante inició su vida laboral cotizando en el régimen de prima media con prestación definida, administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES.
- 3.- Posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, AFP PORVENIR S.A.
- 4.- Al momento de realizar el traslado de régimen no recibió por parte de PORVENIR S.A. ningún tipo de indicación respecto de las implicaciones de su decisión, no se realizó proyección alguna del estimado de su pensión en los dos regímenes existentes en Colombia (RAIS - RPM).
5. Durante su período de cotizaciones a PORVENIR S.A. no recibió una asesoría por el personal capacitado con el que debe contar esas prestigiosas administradoras, sobre cuál sería su futuro al llegar a las edades de especial protección.
- 6.- El 26 de noviembre de 2021 solicitó a la AFP PORVENIR se anulará la afiliación realizada, entidad que, mediante escrito del 14 de diciembre de 2021 negó la solicitud realizada por la Demandante.
- 7.- Mediante escrito radicado el 26 de noviembre de 2021 solicitó a Colpensiones anulara el traslado realizado del Régimen de ahorro individual al Régimen de prima media, entidad que, el 26 de noviembre de 2021 negó la solicitud realizada.

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

La demanda fue admitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso en providencia del 14 de febrero de 2022 y, corrido el traslado, COLPENSIONES se opuso a las pretensiones por carecer de sustento fáctico y jurídico que las sustenten, pues existe legalidad en la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, teniendo en cuenta que el mismo se realizó con plena voluntad del cotizante, quien, por decisión propia, solicitó el traslado suscribiendo el formulario la vinculación a la A.F.P PORVENIR S.A en octubre de 1995. Como excepciones de mérito propuso las que denominó: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva, Inexistencia de 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 o no ser ciertos aquellos en que se sustentan. Propuso como excepciones: *“Prescripción, buena fe, restituciones mutuas, compensación, y la innominada o genérica”*.

III.- Sentencia impugnada

En audiencia del 12 de julio de 2023, practicadas las pruebas decretadas y escuchadas las alegaciones de las partes, el Juzgado Laboral del Circuito de Duitama dictó sentencia a través de la cual: (1) Declaró a ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante mediante afiliación a la AFP BBVA HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., el 5 de septiembre de 1995. (2) Ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES- activar nuevamente la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, la que viene vigente desde el 10 de marzo de 1987, sin solución de continuidad; y a efectuar la actualización de la historia laboral del demandante incluyendo todas las semanas que fueron cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad, con posterioridad a la ejecutoria de esta sentencia; (3) Condenó a PORVENIR S.A. a efectuar la devolución íntegra del capital ahorrado, rendimiento financieros y gastos de administración en la forma como se señaló en la parte motiva; (4) Declaró

no probadas las excepciones propuestas por los demandados; (5) Condenó en costas a PORVENIR; y (6) ordenó remitir las diligencias para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Para el efecto, luego de hacer referencia a las disposiciones jurisprudenciales que sobre el punto ha previsto la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, precisó que la AFP PORVENIR únicamente allegó como prueba del cumplimiento de los presupuestos legales para el traslado el formulario de afiliación debidamente firmado por el demandante, y aunque sobre el mismo no existe reparo, se trata de una forma pre impresa que no determina con precisión que el demandante fue debidamente informado de las consecuencias del traslado, lo que hace evidente que el traslado carece de eficacia.

IV.- De la impugnación.

En contra de la referida sentencia, interpuso recurso de apelación la demandada COLPENSIONES, con las pretensiones y razones que se resumen a continuación:

- 1.- Existe prohibición legal para acceder a las pretensiones de la demanda, pues no puede existir traslado de régimen faltando diez años para su configuración.
- 2.- Con la decisión adoptada se afecta la sostenibilidad del sistema financiero.
- 3.- El sistema general de pensiones percibe y mantiene los fondos económicos y al aceptar un traslado por fuera de término se afecta gravemente su estabilidad.
- 4.- Se debe ordenar el traslado de aportes y rendimientos con la respectiva indexación, para asegurar que los montos no pierdan el poder adquisitivo por el paso del tiempo.

V.- Alegaciones en segunda instancia

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

Corrido el traslado propio de la Ley 2213 de 2022 se pronunciaron tanto COLPENSIONES como PORVENIR, quienes solicitaron que se revoque la sentencia impugnada y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda,

por considerar que el traslado que en su oportunidad realizó el demandante se hizo con el lleno de los requisitos formales.

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; y (3) las costas del proceso.

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).

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

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.

“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.

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

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 recurrentes consideran 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 las exigencias legales vigentes para el año 1995, y que fue efectuado por el demandante de forma consciente, espontánea, sin presiones, tal y como se encuentra plasmado en el formulario de vinculación que el accionante firmó.

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 masiva le indicaron que era menor tiempo para pensionarse y más facilidad para créditos, pero nunca le fueron referidas las posibles consecuencias de su traslado, los requisitos para acceder a la pensión, la posible proyección de la mesada pensional, ni los beneficios de una posible pensión ni la existencia del llamado bono pensional.

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 señor FANDIÑO SIERRA, 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.

Importante resulta precisar que, contrario a lo dicho por PORVENIR, en ningún momento del interrogatorio el señor CASTAÑEDA aceptó haber obtenido la información suficiente para conocer las bases sobre las cuales se daba el traslado, y aunque indicó que le manifestaron que quedaría mejor pensionado y que la demanda solo la interpone con ocasión de la diferencia de mesadas en cada régimen, ello en modo alguno da cuenta de que PORVENIR hubiese asesorada al afiliado en la forma requerida por la ley.

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

De manera subsidiaria, solicitó COLPENSIONES que las devoluciones se realicen debidamente indexadas, pues considera que solo de esta forma se evita que el dinero pierda el poder adquisitivo por el paso del tiempo.

Al respecto, el juzgado de primera instancia, apartándose de la postura de Corte Suprema de Justicia, indicó que el régimen de prima media tiene unos parámetros de administración diferentes que generaron en la historia laboral del demandante unos recursos que no pueden desconocerse, y que hacen que el capital actual del demandante esté conformado en más de su 50% por rendimientos financieros, por lo que no podría castigarse a la AFP con la indexación, pues ello generaría un enriquecimiento sin causa de COLPENSIONES.

A pesar de considerar razonables los señalamientos del juez de prima instancia en este aspecto, la Sala no puede desconocer que desde el primer momento en que se trató la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia ha sido del criterio que la principal consecuencia de este es que las cosas retornen al estado en que se encontraban antes de ello, 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, debidamente indexados, pues debe asumir las consecuencias inmediatas del incumplimiento en los deberes de información hacia el usuario.

Se trata de una postura pacífica del máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, reiterada, entre otras, en sentencia SL1570-2023 Radicación N° 90308 del 4 de julio de 2023, así:

Así las cosas, las consideraciones expuestas en precedencia y al resolver el recurso extraordinario, permiten colegir que el traslado de la actora a Protección S.A., efectuado en febrero de 2001, es ineficaz, ya que no se hizo en forma libre y voluntaria, lo que acarrea la susodicha sanción estipulada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. La consecuencia jurídica de ello no es otra que la de privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida (CSJ SL1689-2019 y SL1197-2021).

Al respecto, en la sentencia CSJ SL4062-2021, dijo la Corte:

[...] De cara a lo anterior y teniendo en cuenta que no hay evidencia de que la AFP demandada cumpliera con el deber de información que le correspondía conforme al numeral 1.º artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y el artículo 1604 del Código Civil, la afiliación al RAIS se advierte ineficaz tal como lo declaró el juez a quo, según ha

adoctrinado esta Sala, entre otras, en sentencias CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4360-2019.

La declaratoria de ineficacia, hace que las partes, en lo posible, vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de 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, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)."
(Negrillas fuera de texto original)

La referida postura ha sido acatada por esta Corporación en la totalidad de decisiones que sobre la materia se han proferido, bajo el argumento que, primero, las administradoras del RAIS no debieron beneficiarse del traslado y, segundo, con la devolución se financiara una nueva pensión, siendo indispensable su indexación a fin de no afectar la sostenibilidad del sistema de pensiones.

Entonces, como no se estima la existencia de razones suficientes para variar la tesis mantenida hasta el momento, se modificará la decisión de primera instancia para ordenar que la devolución de aportes, gastos de administración y rendimientos financieros, se realicen debidamente indexados.

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 fácticos 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”³.

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 se encuentra ajustada a derecho y debe ser confirmada.

3. – Costas

Como quiera que corrido el traslado propio de la Ley 2213 de 2022 no se pronunció el demandante, no recurrente, no hay lugar a condena en costas en la medida que no se generó controversia.

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 tercero del fallo impugnado, el cual quedará así:

CONDENAR a PORVENIR S.A. a efectuar la devolución íntegra del capital ahorrado, rendimientos financieros y gastos de administración debidamente indexados.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral SL2611-2020

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado