



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA**  
**SALA DE DECISIÓN CIVIL- FAMILIA – LABORAL**

**PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO**  
**Magistrada Ponente**

Riohacha, La Guajira, nueve (09) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Discutida y aprobada en sesión virtual, según consta en acta N°013

Radicación N° 44-001-31-05-002-2020-00036-01 proceso Ordinario Laboral. Demandante: XIOMARA ASUNCIÓN ALMAZO VANEGAS contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A., U.G.P.P y PROTECCIÓN.

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ, JOSÉ NOÉ BARRERA SAENZ y PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, quien preside en calidad de ponente, procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el decreto 806 de 2020 artículo 15 numeral 1° y una vez surtido el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Colpensiones y Porvenir S.A.) y el grado jurisdiccional de consulta respecto la sentencia dictada en audiencia pública por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, verificada el veintiocho (28) de septiembre de 2021.

**ANTECEDENTES.**

**1.1. La demanda.**

La señora Xiomara Asunción Almazo Vanegas, mediante apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral, en procura de que se declare la ineficacia de la afiliación a la administradora de pensiones PROTECCIÓN y PORVENIR S.A., por la ausencia de la manifestación libre y voluntaria de la actora al traslado de régimen; que se declare que la actora puede trasladarse de ese fondo de pensiones en el régimen de ahorro individual para retornar a **COLPENSIONES** en el régimen de prima media con prestación definida y se ordene así mismo a

**COLPENSIONES**, a recibir a la actora como afiliada al régimen de pensiones en prima media con prestación definida.

## **2. SENTENCIA DE PRIMER GRADO:**

La Jueza de conocimiento profirió sentencia en la que resolvió:

*“PRIMERO: declarar la nulidad por ineficacia del traslado que la señora XIOMARA ASUNCIÓN ALMAZO VANEGAS, HIZO de CAJANAL al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A y posteriormente a la Administradora de Pensiones y cesantías PORVENIR S.A. SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., que el término improrrogable de tres (3) meses, proceda a trasladar a la administradora de pensiones COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora XIOMARA ASUNCIÓN ALMAZO VANEGAS, junto con los rendimientos que se hubieren causado. TERCERO: ORDENAR a la administradora de pensiones COLPENSIONES, realizar la afiliación de la señora XIOMARA ASUNCIÓN ALMAZO VANEGAS al régimen de prima media con prestación definida y a recibir los aportes que serán trasladados por la administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A CUARTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas. QUINTO: ABSOLVER a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y al Fondo de Pensiones Protección de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. SEXTO: CONDENAR en costas a la administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., la cuales se tasarán en su oportunidad procesal. Agencias en derecho se tasarán en la suma equivalente a cuatro (4) s.m.l.m.v. a la fecha en se profiere esta decisión, para cada una de las demandas. SEPTIMO: (...)”*

## **3. RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con lo decidido el apoderado judicial de PORVENIR S.A. sustentó lo siguiente:

*“(...) Siendo la oportunidad legal para ello presento mi recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el despacho, en atención a que porvenir desea cumplir con las obligaciones que tenía para con el demandante, al momento de realizar el traslado entre administradoras de*

*pensiones como lo hizo la señora Xiomara Almazo, teniendo en cuenta lo anterior es claro que Porvenir S.A. cumplió con sus obligaciones que en aquel momento era asesorar y brindar la información pertinente para que pudiera tomar una decisión libre e informada, valga la pena resaltar que ante el proceso se logró demostrar que no ocurre un traslado entre régimen entre porvenir y Colpensiones antes el seguro social, sino que lo que ocurrió fue un traslado entre administradoras de fondos de pensiones y cesantías, motivo por el cual es claro que la obligación de porvenir era darle la información pertinente para que tomara la decisión informada pero en todo caso ya la carga de darle la asesoría respectiva o referente al traslado de régimen le correspondía a protección y no a mi representada. Mi representada simplemente validó la información que ya conocía la demandante apuntando ciertas circunstancias importantes que debía conocer teniendo en cuenta que como se apuntó en el proceso no fue solo una visita ni fue un traslado a la ligera sino que fueron más de 3 visitas que se realizaron donde se hicieron unas preguntas lo que indica que si existe una asesoría en debida forma y no fue simplemente una que no existiere o no se lograra probar ya que se logró probar dentro del proceso que existió asesoría, que la asesoría fue pertinente, incluso la demandante en su testimonio decía que la decisión fue libre e informada, que la decisión había sido de ella y una de las testigos traída dentro del proceso como lo es la señora Delba Sierra nos indicó claramente de que en su momento los traslados se realizaron porque a ellas les servía el servicio que le prestaba Porvenir S.A, es claro entonces que les interesó el hecho de la existencia de devolución de saldos y demás circunstancias que para el momento en que realizaron el traslado y la afiliación, es claro que se apegaba a sus necesidades pensionales del momento. Ahora bien, en caso de que el honorable tribunal del distrito judicial de Riohacha indicara que confirmaría la sentencia proferida por el despacho es claro entonces que se debe que las únicas sumas a retornar a Colpensiones son los que tienen que ver con el capital ahorrado y los rendimientos generados, teniendo en cuenta que cualquier suma adicional que se devuelva a Colpensiones haría incurrir a dicha entidad en enriquecimiento ilícito pues estaría incrementando su patrimonio de forma injustificada, como dice claramente el artículo 113 de la ley 100 del 93 en su literal b señala que la*

*consecuencia del traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditará en número de semanas cotizadas, por esa misma razón no procede contra ellas (...) por otra parte es claro que el despacho alega al hacer un estudio de la prescripción en virtud del derecho pensional en sí mismo porque es claro que el derecho pensional es imprescriptible y que se puede solicitar la pensión en cualquier tiempo, en dado caso de hablar de pensiones solo prescriben las semanas cotizadas. Aquí lo que se menciona es una prescripción sobre las sumas de dineros que no sirve, que no financiaría la pensión de vejez, dicha suma si se afilia con el fenómeno prescriptivo, ya que al no usarse para financiar una eventual pensión es claro que si se debe aplicar el fenómeno prescriptivo, previsto por el derecho laboral, lo cual es la prescripción (...) motivo por el cual se debe hacer el estudio por parte del tribunal de la prescripción en dicha circunstancia antes mencionada. Ordenar que con mi representada devuelva otras sumas de dinero correspondiente a los gastos de administración (43:14 – 43:20) (...) igualmente la superintendencia financiera de Colombia en un concepto con radicación numero 20191522169003000 el 17 de enero de 2020 indican de forma expresa cuales son las sumas a retornar al régimen de prima media con prestación definida en la cual no se incluye claramente ni los seguros provisionales ni las cuotas de administración, de igual modo tampoco procede una condena en costas dentro del proceso que nos ocupa teniendo en cuenta que PORVENIR S.A tiene una prohibición legal de efectuar un traslado de régimen cuando no se cumple los requisitos para poder hacerlo cuando ya no se encuentre dentro de los 10 años, cuando no están dichas circunstancias porvenir no puede mediante acción administrativa autorizar una nulidad, una ineficacia de traslado o realizar un traslado de régimen porque la norma no se lo permite, no hay ninguna regulación en la ley 100 ni en decretos posteriores que indiquen que porvenir pueda hacer dicha circunstancia por acción administrativa o por mutuo propio. Está claro que hay una prohibición legal y que las nulidades de ineficacia de traslado fueron de creación jurisprudencial, lo cual de una u otra manera la jurisprudencia y las altas cortes invitan a los afiliados que presentan o interpongan demandas para que se pueda reconocer la*

*nulidad de la ineficacia de traslado, motivo por el cual quien traba la Litis no es porvenir y el hecho de que ejerce su derecho a la defensa y que es un derecho constitucional no quiere decir bajo ninguna circunstancia que por esa circunstancia se deba condenar en costas, es claro que al ser una figura creada por jurisprudencia y al invitar a los afiliados a que demanden no se puede condenar en costas a mi representada por el simple hecho de ejercer su derecho a la defensa y de contestar una demanda y ejercer la defensa a la que hubiese lugar en el presente proceso, por lo cual en vista de dicha circunstancia tampoco procede la condena en costas y menos en las sumas antes mencionadas... (45:09 - 45:15)... unas costas bastante elevada en virtud de que no se encontraron probadas dentro del proceso. Teniendo en cuenta lo anterior el hecho de que porvenir cumplió con las obligaciones que tenía para con la demandante el hecho de que se probó dentro del proceso que se hacía la asesoría en debida forma, que la decisión era libre e informada, que no se encontró vicios en el consentimiento, le solicita al honorable tribunal del distrito judicial de Riohacha revocar la sentencia proferida por el despacho y absuelva de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Ahora bien si a bien lo tiene el tribunal en confirmar la sentencia antes descrita le solicito que solo se ordene la devolución de los recursos que tienen que ver con el capital y los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual del demandante. Por el mismo sentido se estudia lo respecto a la prescripción de aquellas sumas y valores que no correspondan o financian a la pensión y se estudie la parte de la no procedencia de las costas en virtud de las afirmaciones y aseveraciones hechas anteriormente en mis argumentos respecto al recurso de apelación. En virtud de lo anterior solicito al despacho de manera muy respetuosa acepte mi recurso de apelación antes presentado para que estudien la sentencia proferida por el despacho, de esta manera dejo por sentado mi recurso de apelación, muchas gracias su señoría.”*

Por su parte la apoderada judicial de Colpensiones, sustentó lo siguiente:

*“Teniendo en cuenta el numeral 2 de la decisión de este despacho donde se declara la nulidad e ineficacia del traslado realizado por la señora Xiomara Almazo, solicito al tribunal superior de la guajira que sea*

*modificada teniendo en cuenta la sentencia de la corte suprema de justicia SL 8 de septiembre de 2008 con radicado 31989, la SL 17595 de 2017, la SL (...) De 2018 y la SL 1421 de 2019 radicado también 56174 donde habla que hay lugar a reintegrar la totalidad de las cotizaciones, es decir, primero recurso de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantías de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros provisionales y gastos de administración, lo anterior con el fin de dejar claridad de todos los valores que tenga que recibir la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES al momento de recibir todo lo abonado por la señora demandante y no existe ningún problema posterior al momento de alguna solicitud que realice a posterior a esta afiliación a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES por alguna solicitud de pensión de vejez. Le solicito al alto tribunal que por favor acepte mi recurso y se deje claridad en este punto en cuanto a lo que deba recibir la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES.”*

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

##### **1.- De la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.**

*En síntesis expuso que “(...) Teniendo en cuenta que el 18/sep/2020 (fecha de la admisión de la demanda, con la que pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado), el demandante contaba con 55 años, en consideración a que nació el 22/feb/1965, deviene entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada en líneas precedentes (...).”*

##### **2.- Del apoderado de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y otros.**

*En síntesis, manifestó que “no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez”*

Por otra parte, expuso que *“con relación a la figura jurídica de la ineficacia, debe mencionarse que, el artículo 899 Código del Comercio, también enseña que, el acto o negocio jurídico, contrario a una norma, tenga causa u objeto ilícito o lo celebre una persona absolutamente incapaz, es nulo absolutamente, norma que tampoco aplica en este asunto. Dicho esto, preciso es mencionar que, en este asunto NINGUNO DE ESTOSPRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARON NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO, pues obligatorio es mencionar que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo”*.

### **3.- Del apoderado judicial de la parte demandante.**

En síntesis expuso que *“las administradoras de fondo de pensiones privadas y demandadas en este proceso, indujeron a mi prohijada erróneamente a migrar al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo tanto, existió el vicio del consentimiento, lo que genera como consecuencia, la nulidad de dicho traslado ya sea por la omisión o la defectuosa información, a su vez, su señoría debe analizarse el hecho de que al de demostrar la validez del traslado la administradora de fondo correspondiente, debían hacerlo probando que el afiliado tenía toda la información y que prefería irse al RAIS contando con el riesgo de perder los derechos adquiridos en el Régimen de Prima media, situación que lógicamente un afiliado no aceptaría si le plantearan cada riesgo.*

*Es por ello que surge la necesidad de realizar el traslado de mi prohijada y volver a COLPENSIONES, debido a la falta de información y a la afectación recibida por parte de los fondos privados, que, aunque no haya sido constreñida su decisión no quiere decir que la persona supiera las*

*consecuencias de su traslado, sabiendo que debía ser obligación de ellas (...)*”

#### **4.- De la apoderada judicial de la U.G.P.P.**

En resumen manifestó que *“la UGPP no es la entidad llamada a responder por las pretensiones planteadas en la demanda, toda vez que no es la ADMINISTRADORA DEREGIMEN DE PRIMA MEDIA que se encuentra habilitada para tal hecho, dado que no recibe cotizaciones u aportes de los trabajadores activos, pues dicha función se encuentra en cabeza de COLPENSIONES, pues la UGPP se encarga del reconocimiento pensional de las Cajas del orden Nacional que han sido liquidadas. En eso orden de ideas, no es la UGPP la entidad llamada a recibir al trabajador en expectativa de pensionarse, y mantenerle el régimen pensional que hoy reclama. Por ello en cuanto a la UGPP se configura la inexistencia de la obligación y solicitamos se le absuelva de toda responsabilidad o condena”*

#### **CONSIDERACIONES:**

##### **Presupuestos procesales.**

Del estudio del plenario se determina que los requisitos indispensables para su formación y desarrollo normal representados en la demanda en forma, competencia del funcionario judicial y capacidad de las partes tanto para serlo como para obrar procesalmente, se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite decidir de fondo mediante una sentencia de mérito, ya que tampoco se vislumbra causales de nulidad que invaliden lo actuado.

##### **COMPETENCIA.**

Se conoce el proceso en segunda instancia, con el objeto de desatar el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales del demandado (Porvenir S.A. y Colpensiones), tarea judicial que otorga competencia al *ad quem* para revisar los puntos de inconformidad expuestos por ellos, al igual que la sentencia por la consulta, que en el caso *sub lite* se contraen a replicar la declaratoria de la nulidad por ineficacia in del traslado que concedió la *iudex a quo*.



## **PROBLEMA JURÍDICO**

¿Debe declararse la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la demandante, por no haberse acreditado que en el acto de afiliación se le brindó información suficiente, clara y veraz sobre las implicaciones de los regímenes pensionales existentes?

Los insumos que se tendrán en cuenta para resolver el problema jurídico son los siguientes:

## **NORMATIVIDAD**

**DECRETO 663 DE 1993: ART 97**; modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, impone a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria, a través de elementos de juicio claros y objetivos que les permitan escoger las mejores opciones del mercado.

*“Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben 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 y poder tomar decisiones informadas.*

*En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que estas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios.”*

Decreto 656 de 1994, Artículo 18:

Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados **deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.**

## **PRECEDENTE VERTICAL**

## **JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.**

### **REGLAS APLICABLES PARA TRASLADO DE RÉGIMENES PENSIONALES.**

UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA SOBRE TRASLADO DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL CASO DE BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN (Corte Constitucional, sentencia SU 130 de 2013, MP Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO)

*“Todos los usuarios del SGP, incluidos los sujetos del régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios, pueden elegir libremente entre el régimen de prima media o el régimen de ahorro individual, conservando la posibilidad de trasladarse entre uno y otro, en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, tal como fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es decir, cada cinco años contados a partir de la selección inicial y siempre que no les falte menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. **Sin embargo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición,** en los términos de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004. Para tales efectos, la única condición será trasladar al régimen de prima media todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en aquel régimen.”*

...

*“Con el propósito de aclarar y unificar la jurisprudencia Constitucional, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al*

*régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición.*

**TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL CUANDO AL AFILIADO LE FALTAREN DIEZ AÑOS O MENOS PARA CUMPLIR EDAD** (Corte Constitucional, sentencia SU 130 de 2013, MP Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO)

*“En el caso de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, tuvieran treinta y cinco (35) años o más si son mujeres, o cuarenta (40) años o más si son hombres, éstas pueden trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, salvo que les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, evento en el cual no podrán ya trasladarse. En todo caso, de ser viable dicho traslado o haberse efectuado el mismo al momento de proferirse la presente providencia, ello no da lugar, bajo ninguna circunstancia, a recuperar el régimen de transición.”*

**JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESCISORIA DEL ACTO O CONTRATO EN MATERIA PENSIONAL** (Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, SL 5470, sentencia de 30 de abril de 2014, radicación 43892, MP Dr. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ)

*“Lo cierto es que esa normatividad le creó una expectativa legítima respecto del régimen de transición que le permitía acceder al derecho especial, con las exigencias en ella previstas, lo cual es susceptible de protección y no podría ser desconocido por el legislador, porque tal entendimiento resultaría regresivo y contrariaría el ordenamiento superior, concretamente los principios consagrados en el artículo 48 de la Carta que entroniza a la seguridad social **como un derecho irrenunciable** y tiene en el principio de progresividad uno de sus báculos.”*

**EL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIÓN CONFORME A LAS REGLAS CIVILES Y COMERCIALES** (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral,

SL-19447, sentencia del 27 de septiembre de 2017 MP Dra. GERARDO BOTERO ZULUAGA)

...” Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, **correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo** y, en este específico caso **ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona**, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Por demás las implicaciones de **la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional**, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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**».

**SOBRE LA MANIFESTACIÓN LIBRE Y VOLUNTARIA** (Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, SL17595-2017, sentencia de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, MP Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA).

*“Aquí y ahora, se recuerda que no es dable argüir 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.”*

**INEFICACIA DEL TRASLADO PENSIONAL IMPLICA QUE DESDE SU NACIMIENTO EL ACTO JURIDICO CARECE DE EFECTO ALGUNO, ESTO SIN DECLARACION JUDICIAL. LA DECLARACION DE INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL ES IMPRESCRIPTIBLE.**

*(Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, SL1689-2019, sentencia de 8 de mayo de 2019, radicación 65791, MP Dr. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.)*

**PENSIONES » AFILIACIÓN » TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL » INEFICACIA** - *La ineficacia del traslado pensional se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial, por lo que la sentencia que la declara lo que hace es comprobar un estado de cosas que surgen antes de la litis Tesis: «Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de “ineficacia”, en la medida que esa consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque, desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la Litis».*

**PROCEDIMIENTO LABORAL » PRESCRIPCIÓN » ACCIONES PENSIONALES** - *La declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa*

*y por tanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social -la prescripción no es de aplicación automática*

**EL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIÓN** (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad No.5462, sentencia del 10 de diciembre de 2019 MP Dra. ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA)

*Como punto de partida, es necesario poner de presente que las administradoras de pensiones, como las instituciones expertas encargadas del manejo de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, tienen un deber a su cargo, instituido por la ley, de brindar información clara y suficiente a sus afiliados, entre otros asuntos, en lo concerniente al cambio o traslado de un vinculado de un régimen pensional a otro. **“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”***

*Es así como existe, en cabeza de dichas entidades, la obligación de informar de manera clara, idónea y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que implica para el afiliado vincularse o trasladarse de un régimen de pensiones a otro.*

*...Por ello, se reitera, que es imprescindible el cabal cumplimiento de este deber, pues de lo contrario, podría derivar en afectaciones de gran envergadura para aquellos que participan en el régimen de pensiones como vinculados.*

*Debe resaltarse que el derecho de información a cargo de las administradoras existe desde la creación del sistema de seguridad social actual, en virtud de la Ley 100 de 1993. Lo anterior es resaltado por la Sala, en sentencia CSJ SL1688-2019, quien hace un recuento sobre la evolución normativa de dicho deber. En la providencia, se concluye que el deber de información es ineludible, por lo que debe ser observado con el mayor rigor por parte de los jueces de instancia.*

*(...)*

*Se encuentra acreditada la ineficacia del traslado de régimen pensional del afiliado lo cual trae como consecuencias retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, la recuperación del régimen de transición y que el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad deba devolver al sistema los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración.”*

**LA EXISTENCIA DE DOCUMENTOS SUSCRITOS POR EL AFILIADO, NO ES PLENA PRUEBA DE HABER SUMINISTRADO INFORMACION SUFICIENTE.** (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL373-2021, Rad No.84475, sentencia del 10 de febrero de 2021; MP Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO)

*“De entrada, anticipa la Sala que el recurrente tiene razón en su argumento, puesto que las documentales referidas no dan cuenta que la AFP hubiese cumplido con su obligación de suministrar información necesaria y transparente en la forma en que lo ha entendido la jurisprudencia. En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, 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». En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando*

*sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019).*

*En este asunto, la información de la documental de folios 124 a 126, únicamente se centra en la situación actual y potencial de Cárdenas Gil en el RAIS, sin referirla o contrastarla con las ventajas que ofrecía el sistema público alterno, administrado por Colpensiones, incluido el régimen de transición del que era beneficiario. En efecto, el formato de reasesoría contiene unas preguntas de selección múltiples, en las que el afiliado tiene la opción de marcar la afirmación o respuesta que considera correcta. Las preguntas tienen que ver con su edad, salario, años de servicio, si tiene bono emitido, el motivo por el que solicitó reasesoría, el canal de atención, el resultado del cálculo y la decisión del afiliado. De este formulario, no es dable deducir que el demandante recibió información clara, precisa y oportuna respecto a su situación actual y futura comparada con la que tendría en el régimen de prima media con prestación de definida ni de las ventajas del régimen de transición que lo cobijaba. En cuanto al formulario de afiliación y su anexo, no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contienen datos que el afiliado le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios. El anexo es un cuestionario a diligenciar por el afiliado, en el que se le pregunta genéricamente si fue informado y asesorado por el Ejecutivo Comercial de la AFP y si desea estar vinculado a Protección S.A. El formato solo permite dar respuesta en términos de SI o NO, sin más detalles. También se interroga sobre el salario y se hace un cálculo estimado del valor de la mesada pensional bajo el régimen privado, sin comparación alguna con el sistema público de pensiones ni consideraciones adicionales. Como se puede advertir, ninguno de esos documentos contiene datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones. Toda la información que se le brindó gravitó sobre el propio régimen privado, situación que claramente produce un sesgo en el afiliado por ignorancia o desconocimiento de las*



*características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema pensional alterno.”*

**OBLIGACIÓN DE INDEXAR LAS SUMAS ORDENADAS EN LA DEVOLUCION DE SALDOS Y APORTES: COMPRENDE TODOS LOS APORTES REALIZADOS INCLUYENDO GASTOS DE ADMINISTRACION. PROHIBICION DE DESCONTAR GASTOS DE ADMINISTRACION COMISIONES U OTROS** (Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, SL 1917, sentencia de 10 de mayo de 2021, radicación 87820, MP Dr. CARLOS ARTIRO GUARIN JURADO)

*“De otra parte, en lo atinente a los efectos que genera la ineficacia del traslado, la Sala ha insistido que estos conducen a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes del cambio de régimen pensional, lo que apareja que Protección S. A. devuelva al RPMPD, en cabeza de Colpensiones, los aportes, bonos pensionales, rendimientos financieros y gastos de administración, es decir, todo lo acumulado por el afiliado, sin descontar valor alguno por concepto de cuotas de administración y comisiones.*

*Así se dejó sentado, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1688-2019.*

*Además, se ordenará la indexación de esas sumas, para no afectar financieramente el régimen de prima media con prestación definida.*

*Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.*

*En efecto, en la última providencia se señaló:*

*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, adoctrinó:*

*«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.*

*Por lo descrito, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia, para en su lugar, i) declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por Luz Stella Sánchez Aguilar al RAIS, el 1° de febrero de 1998; ii) ordenar a Protección S. A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de Luz Stella Sánchez Aguilar, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones”*

**DOCTRINA PROBABLE:** visto el reiterado precedente, donde no solo existen 3 decisiones que atienden asuntos análogos, sino una sólida posición reafirmada en más de 3 años de redundantes sentencias, puede afirmarse que la línea es sólida y pacífica, por tanto, es menester acatarla como fuente de derecho para los asuntos que guarden identidad. Adicional a las sentencias antes citadas se han presentado otras, entre ellas: Sentencia SL4360-2019, radicación 68852 del 9 de octubre de 2019 MP Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sentencia SL4343-2019 radicación70632 del 24 de septiembre de 2019 MP Dra. Ana María Muñoz Segura, sentencia SL1452-2019, Radicación No. 68852 del 3 de abril de 2019, MP Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sentencia SL771-2019, radicación No. 66406 del 19 de febrero de 2019 MP Dr. Santander Rafael Brito Cuadrado y en las sentencias SL037-2019, Radicación No.

53176 del 23 de enero de 2019 MP Dr. Ernesto Forero Vargas, que indicaron en síntesis que es una obligación que cuando un afiliado toma la importante decisión de trasladarse de régimen, las administradoras de pensiones están obligadas a suministrarle información suficiente, clara y calificada, con el fin de ilustrarlo adecuadamente sobre las consecuencias de su decisión, para que no se incumpla lo que la Corte a denominado “deber de información”, y evitar perjuicios a los mismos; Aunado a lo anterior, la Corte considera que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, pues no demuestran el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

### **DEL CASO EN CONCRETO**

Es claro para la sala que lo solicitado por la demandante, en el presente caso es la nulidad de su afiliación en el **RAIS** para en últimas regresar al **RPM**, considera la Sala, en atención a lo esgrimido por la parte apelante **PORVENIR**, oportuno estudiar inicialmente cuales son los eventos bajo los cuales puede darse el cambio de régimen pensional, bajo los parámetros constitucionales, jurisprudenciales y legales, siendo estas:

1. En cualquier tiempo, cada 5 años y siempre y cuando no le falte 10 o menos años para alcanzar la edad de pensión (artículo 13 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es de subsunción normativa), en este evento, solo es necesario verificar la edad del afiliado y que no haya surtido traslado dentro de los 5 años anteriores a la solicitud del cambio.
2. En cualquier tiempo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición **por tiempo de servicios** (15 años o más de cotizaciones al 1 de abril de 1994), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición (SU-130 DE 2013 Corte Constitucional), criterio de raigambre jurisprudencial, tema agotado por la Corte Constitucional desde el año 2002, en el cual quien estuviere cobijado por el 3 evento del artículo 36 de la ley 100, consolida una

expectativa razonable del derecho, así el vaivén dentro del sistema no afecta tal condición.

3. En cualquier tiempo, si la información proporcionada para la afiliación, no fue veraz y suficiente, con el deber del buen consejo, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes (CSJ, Sala Laboral, Rad No.31314 del 9/09/2014 MP Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón; ya ampliados dentro de los insumos jurisprudenciales. Criterio desarrollado en aplicación de normas de carácter Civiles, Constitucionales y de la Seguridad Social, en donde el ocultamiento, la inducción al error, la desinformación, constituyen vicios en el consentimiento, lo cual degenera en un faltante a los requisitos esenciales para la configuración del acto jurídico, el cual se refleja en la declaratoria de la ineffectividad del negocio jurídico con efectos retroactivos, como lo es la nulidad, con un aporte importantísimo, en cuanto a la carga probatoria, y la redistribución de la misma, pues en criterio del órgano de cierre en materia laboral, la condición de salvaguarda de la información, la condición de depositario de administrador del sistema de la seguridad social, facilitan la demostración del cumplimiento de tales deberes radica en cabeza de las AFP, contrario sensu, resulta más traumático y difícil al afiliado encontrar los medios idóneos para su demostración, operando en concepto del máximo Tribunal, la redistribución de la carga probatoria, invirtiendo el deber de probar que cumplió con el deber de informar correctamente, como vía ineludible en la conformación del consentimiento.

Aquí se adentra en el recurso impetrado por el demandado Porvenir S.A, quien alega que nunca hubo vicio de consentimiento, pues el traslado ocurrió por voluntad de la demandante, motivo por el cual, en torno a la deficiencia de la información suficiente para determinar la decisión del afiliado quedan estas variables lógicas:

**Que la entidad sí suministró de forma verídica, oportuna y suficiente la información:**

Entonces el afiliado hubiese resultado beneficiado de su escogencia y hoy no tendría la necesidad de demandar el reingreso al RPM, y las pretensiones de esta demanda deberían de ser desestimadas pues afectaría el derecho final del afiliado, siendo más benéfico para este el RAIS; **si no fuere lo anterior, entonces**, consiente del menoscabo en sus intereses derivado de la información correctamente suministrada por la AFP privada, pues esta, tendría que haber mostrado infaliblemente que el RAIS era menos benéfico que el RPM. Y aun así el afiliado escogió deliberada y conscientemente trasladarse a la administradora privada.

Lo anterior permite concluir parcialmente:

a) El afiliado no resulto beneficiado con la escogencia del RAIS, porque el resultado final así lo demuestra, y porque es poco probable según las máximas de la experiencia, que una persona deliberadamente actúe en contra de sus propios intereses sin una causa o motivo las cuales no afloran en este proceso, pues ¿quién en sano uso de sus facultades mentales escoge lo que le perjudica?

Se puede inferir racionalmente de las anteriores premisas que resulta poco probable que una persona, informada debidamente, asienta con algo que lo perjudica, sin motivo alguno.

Esto desencadena el segundo asunto del mismo tópico; ¿quién debe probar si la información fue entregada al afiliado en condiciones que le permitieran comprender el efecto que tendrían en el futuro respecto a las prestaciones sociales en juego?

Se diría en principio que la carga de la prueba radica en cabeza del afiliado quien introduce el hecho jurídicamente relevante, persiguiendo los efectos que de la norma deriva, como genéricamente ha de tratarse.

Sin embargo ¿Quién tiene el deber de documentar las condiciones individuales de los afiliados y sus novedades? No en vano se llaman **ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES**, en este caso haciendo uso de jurisprudencia de vieja data que se incorporará en el

Código General del Proceso, es factible redistribuir el peso demostrativo, bajo criterios de equidad procesal, pues al afiliado le resulta mucho más engorrosa la demostración, mientras es a la administradora quien por deber legal le corresponde documentar las novedades, debiendo soportar dicha carga, esto bajo los lineamientos jurisprudenciales citados como insumo para la sentencia; es verídico que el demandante no logró demostrar las condiciones en las cuales fuera abordado y convencido por la AFP privada; **pero inversa la carga de la prueba para este caso tampoco fue demostrado por ninguno de los demandados.** No es de recibo conforme la jurisprudencia citada, que la exposición del documento con el cual se realizó la afiliación allane el camino para satisfacer los requisitos de la debida instrucción al afiliado.

*No resulta de recibo conforme a lo argumentado y sustentado por la apelante **PORVENIR S.A** , cuando afirma que no es dable una condena frente a la entidad que se ha comportado con estricto apego a la ley, pues siempre ha sido un deber de la AFP que administra el RAIS brindar información veraz, objetiva, oportuna, visto esta que los decretos 663 de 1993 y 656 de 1994, son casi concomitantes con la expedición y vigencia de la Ley 100 de 1993; por tanto la ausencia en el cumplimiento de dichos requisitos o su documentación no pueden ser trasladados al afiliado como ya suficientemente se dijo y cito jurisprudencialmente SL 1688, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO:*

*“...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual **no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.** En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada*

*a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”*

Respecto a la devolución de aportes y otros, la conducta de abstención que asumió la Administradora del Fondo de Pensiones necesariamente conlleva el regreso del capital que contenga los frutos, intereses, incluidos los rendimientos que se hubiesen generado como lo dispone el artículo 1746 del C.C., aunado a los gastos de administración con cargo a sus recursos, por cuanto de no hacerse se generaría un detrimento patrimonial que afectaría la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

De otro lado, insiste en la inconformidad respecto a la valoración de la prueba que resulta inobjetable para la apelante PORVENIR S.A, el hecho y las condiciones en que fue suscrito el formulario de afiliación, situación ya decantada por la jurisprudencia:

*“En este asunto, la información de la documental de folios 124 a 126, únicamente se centra en la situación actual y potencial de Cárdenas Gil en el RAIS, sin referirla o contrastarla con las ventajas que ofrecía el sistema público alternativo, administrado por Colpensiones, incluido el régimen de transición del que era beneficiario. En efecto, el formato de reasesoría contiene unas preguntas de selección múltiples, en las que el afiliado tiene la opción de marcar la afirmación o respuesta que considera correcta.*

*(...)*

*Como se puede advertir, ninguno de esos documentos contiene datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones. Toda la información que se le brindó gravitó sobre el propio régimen privado, situación que claramente produce un sesgo en el afiliado por ignorancia o desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema pensional alternativo.”*

*Situación análoga al caso concreto, pues si bien existe la documental de la afiliación, esta no deriva que se cumplan con los postulados*

*jurisprudenciales respecto a la calidad de información que debió brindarse, se itera.*

*Adicional a todo lo anterior y para cerrar cualquier margen de duda, en cuanto a la temporalidad del deber de información y carga de la prueba se puede resumir conforme lo resumió la sentencia CSJ SL1688-2019:*

*“Lo anterior, es jurisprudencia reiterada de esta Corporación, en consideración a la doble calidad de las administradoras de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social. Por ello, el cumplimiento del mencionado deber es más riguroso que el que podría exigirse a otros entes financieros, pues de su ejercicio dependen intereses sociales, como la protección a la vejez, invalidez y muerte y su desconocimiento deriva en la ineficacia del acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).*

| <b><i>Etapas acumulativas</i></b> | <b><i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i></b>  | <b><i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i></b>  |
|-----------------------------------|--|--|
| <i>Deber de información</i>       | <i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, Art. 97, numeral 1.º 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</i> | <i>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</i> |



|  |   |   |
|--|---|---|
| <p><i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i></p>                  | <p><i>Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i></p>                    | <p><i>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 perjudicarle</i></p> |
| <p><i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i></p> | <p><i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016</i></p> | <p><i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i></p>  |

*[...] las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*“el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente» y que el acto de traslado «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”.*

*“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”*

*[...] no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.”*

*De tal suerte, que no es procedente lo pedido por el apelante **PORVENIR S.A.**, pues la sentencia se ajusta a los parámetros del precedente jurisprudencial bien citado y ampliado en esta sentencia; Es absolutamente necesario, atender la declaratoria inicial del a-quo, para desarrollar el pedido de COLPENSIONES, en cuanto a la aplicación del*

artículo 13 de la ley 100 de 1993. Bajo los parámetros del Artículo 42 del CGP, aplicable por remisión normativa del 145 del CPT y SS, es menester interpretar la demanda, y adecuar el proceso a la propuesta fáctica expuesta, readecuando de ser el caso el objeto litigioso (pretensión) que efectivamente resulte de tal interpretación.

Debe decirse de antemano que la declaración de primera instancia es ajustada a los hechos juzgados, por lo cual la corrección que aquí se tome no altera de forma estructural la sentencia de primer grado. Observa la sala que se emplea de manera indistinta la palabra nulidad del traslado, dando los efectos de **la ineficacia del traslado**, pues la parte motiva y resolutive de la sentencia anuncian que “se tiene por válida la afiliación realizada al RPM” y también señala que “no opera la prescripción de la afiliación por tratarse de un derecho imprescriptible por ser de la seguridad social”

Si se acompasa la declaración del a-quo con la sentencia citada en el aparte jurisprudencial se tiene:

SL1689-2019 PENSIONES » AFILIACIÓN » TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL » INEFICACIA - La ineficacia del traslado pensional se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial, por lo que la sentencia que la declara lo que hace es comprobar un estado de cosas que surgen antes de la litis  
Tesis: «Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de “ineficacia”, en la medida que esa consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque, desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la Litis». PROCEDIMIENTO LABORAL» PRESCRIPCIÓN» ACCIONES PENSIONALES - La declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por tanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social -la prescripción no es de aplicación automática

*Concluyendo la idea central de este particular se tiene que la ineficacia opera de pleno derecho, la declaración judicial ratifica o comprueba tal situación, la nulidad por el contrario requiere declaratoria y por ende tiene términos prescriptivos y efectos respecto a la vigencia anterior a la declaratoria.*

*Es por ello, que no es predicable la prescripción cuando se habla de ineficacia, o para el caso concreto como lo plantea COLPENSIONES que “perdió la transición por efectos del traslado”, pues tal afiliación nunca existió, y mal produciría efectos lo que nunca existió.*

*No queda duda que la declaratoria en la forma presentada por el juzgado alude a la **ineficacia del traslado**, al existir dos apelantes en el presente asunto, no se violenta el principio non reformatio in pejus, pues no se afecta realmente a ninguna de las partes ya que los efectos de la sentencia inicial perduran incólumes.*

*La transición de la demandante no fue objeto de declaratoria alguna en la sentencia recurrida, por ende, no es objeto de alzada, sin embargo, a la par de lo antes dicho es necesidad acotar que la entidad **COLPENSIONES**, debe estar a la mira si la afiliada es beneficiaria de dicho régimen, al momento de estudiar la viabilidad de su derecho social, sin que sea dable sugerir el traslado al RAIS, para su nulidad; pues este fue declarado **ineficaz**, y por ficción jurídica nunca existió.*

*También y pese a que tampoco fue objeto de alzada, y atendiendo el principio ya expuesto en cuanto a las reglas de la apelación, **debe** esta Sala estudiar la indexación de las sumas ordenadas, en primer lugar los aportes se ordenan con **sus rendimientos**; para el caso concreto COLPENSIONES dentro de la contestación de la demanda señaló cuales ítems deberían tener indexación en la condena lo cual constituye objeto litigioso señalando las cuentas de ahorro individual, gastos de administración prima de reaseguro FOGAFIN, primas de reaseguro invalidez y muerte, las que no tengan destinación específica, deberían ser indexadas.*

*Más adelante señalo:*

*“Loa anteriores valores deben trasladarse debidamente indexados, a la luz del artículo 48 de la Constitución Política, en el entendido que **los recursos destinados a pensiones deben mantener su poder adquisitivo constante**”*

*En el sentir de este Tribunal, el a-quo, omitió pronunciarse respecto a este pedimento específico en la condena, pese a que había sido objeto de debate por haber sido introducido oportunamente dentro de la contestación de la demanda; no es lo mismo ordenar la devolución de los aportes junto con sus rendimientos e intereses (frutos) y otra distinta la indexación a que alude el mencionado recurrente. Al respecto señala el Banco de la Republica, respecto a la indexación:*

*“La palabra indexación hace referencia al método por el cual se vincula el cambio de una variable a la evolución de algún índice. En el caso de los precios, es común que algunos se incrementen teniendo en cuenta la inflación pasada o el ajuste del salario mínimo, debido a que existen regulaciones que así lo establecen (por ejemplo, en el caso de los arriendos —Ley 820 de 2003, artículo 20—).*

*Para efectos de la actualización de cifras de dinero del pasado, informamos lo siguiente:*

- Por el efecto de la inflación el dinero se deprecia en el tiempo. El valor actual de un peso permite conocer su poder adquisitivo. Es decir, muestra el cambio del valor del dinero en el tiempo, convirtiendo pesos colombianos de una fecha del pasado a valor presente o a valor de una fecha específica.*
- Para realizar este cálculo se recomienda usar un indicador de precios de la economía, el más utilizado es el Índice de Precios al Consumidor (IPC), el cual es calculado, publicado y certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística- DANE conforme a lo establecido en el literal j) del artículo 2 del Decreto 3167 de 1968 según el cual corresponde al DANE “Establecer índices de precios a nivel del productor, del distribuidor y del consumidor (...)", y el y el literal i) del numeral 1 del artículo 2 del*

*Decreto 262 de 2004 según el cual el DANE debe “certificar la información estadística, siempre que se refiera a resultados generados, validados y aprobados por el Departamento” .*

- *Las metodologías académicas que el Banco de la República utiliza para calcular el valor actual del peso colombiano, utilizando el Índice de Precios al Consumidor (IPC), son:*

*El valor de un peso del periodo t-j expresado en pesos del periodo t,  $VAP_{t-j,t}$ :*

$$\mathbf{VAP_{t-j,t} = IPC_t / IPC_{t-j}}$$

*Donde:*

*$t$  = Mes de referencia del cálculo*

*$t-j$  = Periodo para el cuál se desea calcular el valor de un peso*

*$IPC_t$  = Índice de Precios al Consumidor del mes t*

*$IPC_{t-j}$  = Índice de Precios al Consumidor del mes t-j*

*Debe tener en cuenta que los índices  $IPC_t$  e  $IPC_{t-j}$  estar expresados en la misma base.*

*2. Otra manera de calcular el VAP es a partir de las variaciones mensuales del IPC o inflación mensual, así:*

$$VAP_{t-j,t} = \prod_{i=t-j+1}^t (1 + \pi_i)$$

*Donde,*

*$\pi_i$  = variación mensual del IPC total nacional en el mes i, certificado por el DANE.*

*3. Para actualizar cifras de dinero, se debe multiplicar cada monto del pasado por el  $VAP_{t-j,t}$ , así:*

$$\mathbf{Suma\ de\ dinero_t = suma\ de\ dinero_{t-j} * VAP_{t-j,t} \dots}$$

*Tomado de: (<https://www.banrep.gov.co/es/indexacion-y-cuales-son-mecanismos-indexacion-existen>)*

*De tal suerte que ordenar el pago de aportes, aun con sus frutos sin indexar, sin ordenar el pago de todos los gastos a cargo de la cuenta individual y **sin indexarlos**, resulta lesivo para el RPM o el mismo afiliado, pues llegado el caso de resultar faltantes se imputarían a uno u*

otro; así pues a fin de preservar el equilibrio del sistema mismo **y sobre todo por los efectos de la declaratoria de ineficacia de la afiliación** el total de las sumas que resulten producto de los aportes sumados durante todo el periodo de cotizaciones, así como lo restado por la AFP, producto de administración y de todos los elementos que ella componen (administración, primas de reaseguro, etc), deben ser reintegrados **indexados**, a la administradora pública; tal como se citó en jurisprudencia precedente sentencia SL1917- 2021:

“Así se dejó sentado, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1688-2019.

Además, se ordenará la indexación de esas sumas, para no afectar financieramente el régimen de prima media con prestación definida.

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

En efecto, en la última providencia se señaló: 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, adoctrinó:

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.”

Para efectos de esta sentencia los porcentajes aludidos por el apelante: *Cuentas de ahorro individual, gastos de administración prima de reaseguro FOGAFIN, primas de reaseguro invalidez y muerte, deben asumirse como gastos de administración junto con las comisiones, por lo cual ni estas, ni ninguna otra que no se enuncie dentro de esta sentencia puede ser deducida por el demandado **PORVENIR S.A**; debiendo reintegrar **íntegramente** y debidamente **indexadas** las sumas recaudadas en favor del afiliado demandante.*

Costas a cargo de la parte que le resulta desfavorable el recurso (art. 365-1 C. G. del P.).

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral PRIMERO y **SEGUNDO** de la sentencia apelada proferida el veintiocho (28) de septiembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **XIOMARA ASUNCIÓN ALMAZO VANEGAS**, contra **PORVENIR S.A Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, por lo considerado en la parte motiva del presente proveído, el cual permanecerá así:

**PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional que la **demandante: XIOMARA ASUNCIÓN ALMAZO VANEGAS**, efectuó del régimen de prima media con prestación definida del antiguo Instituto de los Seguros Sociales, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, al régimen de ahorro individual con solidaridad

**SEGUNDO: CONDENAR A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, que el término improrrogable de tres (3) meses, realice la devolución, con destino a la



**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante **XIOMARA ASUNCIÓN ALMAZO VANEGAS**, debidamente **indexados**, conforme se señala en la parte motiva de la sentencia sin descontar valor alguno por concepto de cuotas de administración y comisiones o cualquier otro rubro.

**TERCERO: CONFIRMAR** en los demás apartes la sentencia recurrida.

**CUARTO: CONDENAR** en costas en esta instancia en contra de **PORVENIR S.A.**, ante el resultado del recurso interpuesto. Como agencias en derecho se fija el equivalente a 1 salario mínimo legal mensual, (1/2 SMLMV a cargo de cada uno de los apelantes) el cual tendrá en cuenta la iudex a quo al momento de elaborar la liquidación concentrada de las costas conforme lo señala el artículo 366 del CGP.

**QUINTO:** Notifíquese por estado, el presente fallo, para tal objeto remítase a la secretaria del Tribunal.

**PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO**  
Magistrada Ponente

**JOSÉ NOÉ BARRERA SAENZ**  
Magistrado.

**CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ**  
Magistrado.  
Con aclaración de voto