



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

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

Riohacha, La Guajira, quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022)

Discutida y aprobada en sesión virtual, según consta en acta N°038

Radicación N° 44-001-31-05-001-2020-00081-01 proceso Ordinario Laboral. Demandante: NILCAR RAFAEL IBARRA OJEDA contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
--

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ , HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES y PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, quien preside en calidad de ponente, procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el artículo 13° de la Ley 2213 de 2022 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 Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, verificada el primero (01) de diciembre de 2021.

**ANTECEDENTES.**

**1.1. La demanda.**

El señor Nilcar Rafael Ibarra Ojeda, mediante apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral, en procura de que se deje sin efectos la afiliación en pensión realizada en la Administradora de Pensiones y cesantías Porvenir S.A., por la ausencia de la manifestación libre y voluntaria del actor al traslado de régimen; que se declare que la entidad debe trasladar las cotizaciones con los efectos económicos del caso a Colpensiones; que el actor 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 al actor como afiliado 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 ineficacia del traslado que el señor NILCAR RAFAEL IBARRA OJEDA hizo del RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS, por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.; SEGUNDO: En Consecuencia, ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., que en el término improrrogable de 3 meses, proceda a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora (sic), como cotizaciones, sumas adicionales, gastos de administración, rendimientos, debidamente indexados, y bonos pensionales que le corresponda, si hubiere lugar a ello, en el interregno cuando el afiliado ha estado en tal fondo. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, realizar la afiliación del señor NILCAR RAFAEL IBARRA OJEDA al régimen de prima media con prestación definida y a recibir los aportes que serán trasladados por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., según lo dispuesto en el artículo anterior. CUARTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas. QUINTO: CONDENAR en costas a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de las que se tasan las agencias en derecho en la suma de 3smilmv. SEXTO: Esta decisión será consultada con el Superior, por haber sido adversa a COLPENSIONES.”*

## **3. RECURSO DE APELACIÓN:**

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

*“(…) En representación judicial de Porvenir S.A. manifiesto que interpongo recurso de apelación contra la sentencia aquí proferida y a través de la sentencia se declara la ineficacia ordenando al fondo de pensiones Porvenir S.A. devolver todos los recursos como las cotizaciones, unos adicionales, bonos pensionales, cotizaciones indexadas, rendimientos financieros y la condena en costas impuestas a mi representada en la declaratoria de no probada las excepciones que se propusieron.*

*Su señoría el fundamento de este recurso es el siguiente: muy respetuosamente me aparto de los argumentos expuestos en que fundamentan la sentencia aquí proferida en consideración de que no hay lugar a la declaratoria de una ineficacia del traslado, pues no se dan los presupuestos fácticos como la misma norma como lo es la norma civil establece al respecto. En el caso bajo estudio, estamos en presencia de un sujeto incapaz, no estamos en presencia de un objeto o una causa ilícita, no se evidencia ninguna de las causales que vician el consentimiento como el dolo, error y culpa, al no darse ninguno de los presupuestos fácticos que la ley exige para que esta ineficacia que se pretenda a través de este proceso se declare. Debo advertir los siguientes aspectos que desvirtúan esa supuesta o supuestas causas para conllevar la ineficacia de ese traslado y tenemos todo lo contrario que estamos en presencia de un sujeto que es plenamente capaz, es una persona que comprende el alcance del acto jurídico, las consecuencias de los actos jurídicos que celebró en su oportunidad que fue para el año de 1998 en el cual permaneció desde la data hasta la fecha aproximadamente más de 25 años sin que presentara inconformidad frente a esa entidad. Ya hoy después de más de 20 años se observa que presenta una inconformidad con respecto al monto de las mesadas que le corresponderían al momento de hacer una solicitud al fondo de pensiones porvenir de cara con la que pudiere haber recibido si hubiese permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, entonces vemos que esa inconformidad estriba en el monto de la mesada pensional, como lo reiteré y lo manifesté en los alegatos de conclusión considero de que esa no es una causal que conlleve a la declaratoria de ineficacia del traslado. Se alega que no se entregó la correspondiente información para efectos de soportarse la decisión que hoy nos ocupa, pues en este evento si existió la respectiva información la cual se entregó de manera verbal, la recibió la parte demandante en su oportunidad para la data de 1998 en donde dejó entrever en su interrogatorio de parte algunos aspectos que en su oportunidad se le entregaron, tener conocimiento para contar con una cuenta de ahorro individual en la cual conforme a los extractos que se le estuvieron entregando tenía información de los recursos que tenía acumulados en su cuenta de ahorro individual, entonces esa situación de encontrar una diferencia entre una mesada pensional y otra, y de establecerse como se indicó en esta sentencia que debe permanecer en el régimen de prima media por serle más favorable no es una situación como lo ha contemplado la ley, pues la ley ha establecido dos regímenes y en ningún*

*momento ha establecido cual sea o no más favorable a una persona que decida afiliarse pues no se establece precisamente esa favorabilidad para efectos de que se traslade la persona en virtud de que la misma ley ha establecido condiciones diferentes tanto para la liquidación como para los requisitos para acceder a una prestación económica. Entonces la ley lo previó la escogencia en atención a un principio de favorabilidad a uno de los dos regímenes que la misma ley ha establecido, entonces en estos términos considero que no hay lugar a haberse declarado la ineficacia del traslado conforme se concluyó en la sentencia que nos ocupa, y en gracia de discusión su señoría, considero que lo único a lo cual tendría lugar a devolver por parte del fondo serían los aportes y rendimientos financieros que se causaron pues lo referente a sumas adicionales estos aportes fueron a parar a las aseguradoras, estas cuotas que en su oportunidad se descontaron a un tercero por lo tanto no se encuentra en las arcas de mi representada, pues téngase en cuenta que ello se hace en virtud de la misma disposición de la ley la que establece que los fondos deben contratar con una aseguradora y en atención a esos contratos de pólizas provisionales que se suscriben se hacen los correspondientes aportes a dichas entidades por lo tanto son sumas de dinero que no se encuentran en las arcas ni en la cuenta de ahorro individual del afiliado los bonos pensionales como en este caso no se han redimido razón por la cual al ser inexistente en esta oportunidad no hay lugar a ordenarse su devolución y los gastos por cuota de administración descontadas considero que no puede pasarse desapercibida independientemente de una declaratoria de ineficacia la administración o la gestión realizada por el fondo de pensiones sin aras de la generación o consecución de esos rendimientos financieros que no están dados en el régimen de prima media con prestación definida, y observamos que sería la entidad Colpensiones quien se vendría a beneficiar con esa gestión de la generación de esos rendimientos financieros en su oportunidad, y por lo tanto no se le estaría negando un detrimento al patrimonio económico a Colpensiones, quien en ningún momento tampoco ha manifestado cuales serían esos supuestos detrimentos económicos y cuál sería el monto que entonces debería devolverse por parte del fondo de pensiones Porvenir S.A, por lo tanto considero que no habría lugar a ordenarse esta devolución de estos gastos en atención a esa gestión que en su oportunidad de manera responsable y oportuna realizó el fondo para la generación de esos gastos de administración, y por lo tanto mucho menos ordenarse su indexación.*

*Asimismo no estoy de acuerdo con la imposición de costas en contra de mi representada y mucho menos en el monto que se han fijado, considerando en primero término no haber lugar a la imposición de una condena en costas de agencias en derecho en contra de mi representada quien actuó bajo los principios establecidos por la ley en cuanto al artículo 13 que es la afiliación de manera libre y voluntaria y espontánea conforme se indicó en el preámbulo de iniciación de la sentencia, pues a los fondos de pensiones no les estaba dado negarse a recibir a un afiliado y se establecen también las consecuencias frente a una negativa y vemos en este caso como también se indicó al comienzo de esta sentencia el demandante decidió de manera libre y voluntaria y espontánea trasladarse, en cuanto al monto de las agencias en 3.5 salarios mínimos muy respetuosamente considero pues que ya prácticamente estas sentencias se vienen estableciendo en atención a la línea jurisprudencial que se ha manejado, al punto que si observamos la parte demandante pues frente a este proceso lo único que se evacúa en el interrogatorio de partes por lo que considero que no hay despliegue de actividades complejas o actuaciones complejas para que se profiriera esta sentencia favorable a los intereses de la parte demandante, en estos términos concluyo el recurso de apelación su señoría”*

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

*“Gracias su señoría, estando en el término procesal pertinente presento recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por este despacho dentro del proceso de la referencia teniendo en cuenta que el señor Nilcar Ibarra Ojeda, quien pretende que se declare la ineficacia o nulidad del traslado que realizó en su momento a porvenir en julio del 98 se declare nulo ya que no hubo suficiente información vital para él, para ese cambio de régimen y sobre las diferencias del mismo, asimismo, teniendo en cuenta el interrogatorio de parte realizado por las parte al señor demandante se observa claramente que el demandante aun en la fecha no tiene claridad sobre las ventajas o desventajas que les pueda brindar alguno de los dos fondos, teniendo en cuenta que no sabe que si no cumple con el número de semanas exigidas dentro del régimen de premia media comunicada actualmente como Colpensiones no puede pensionarse y además de eso no podría recibir una pensión digna en la cual solo recibiría una pequeña indemnización de pensión. Asimismo el régimen privado en este caso la administradora de pensiones y cesantías porvenir recibiría una devolución de*

*saldos que en ese momento le serviría mucho más que una indemnización que le pueda brindar la administradora colombiana de pensiones Colpensiones. Si tenemos en cuenta lo estipulado en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 en el cual tácitamente señala que después de un año en vigencia la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen y cuando le falte 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión, y teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda que fue el primero de octubre de 2020, el demandante contaba con 65 años de edad en consideración que nació el 16 de enero de 1955 debido entonces a la imposibilidad de trasladarse de fondo teniendo en cuenta la normatividad anteriormente mencionada. Por lo anterior su señoría le solicito que se acepte mi recurso de apelación y en segunda instancia el tribunal superior sala civil familia laboral del distrito de Riohacha sea modificada la sentencia de primera instancia, en el caso del señor Nilcar Ibarra Ojeda teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado.”*

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

#### **1.- 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”.*

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

Manifestó en síntesis que debe revocarse la decisión de primer grado “(...)y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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”.

### **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 el apoderado judicial del demandado (Porvenir S.A.), 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 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 el 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 REGÍMENES 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 definatorios 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 el 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 del 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>Etapa acumulativa</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>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<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>

<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>
---	--	---

*[...] 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 del 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 nugatoria; 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 señaló:*

*“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,  $VAP_{t-j,t}$ :

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

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:

**Suma de dinero<sub>t</sub> = suma de dinero<sub>t-j</sub> \*  $VAP_{t-j,t}$  ...”**

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.*

Sobre la inconformidad por la condena en costas, debe indicarse que las mismas se componen de conformidad con el artículo 361 del CGP por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el proceso y por las agencias en derecho, las cuales deberán ser liquidadas conforme el artículo 366 ibídem, y una vez aprobada la liquidación de costas, nace a la vida jurídica la posibilidad de controvertirlas, interponiendo los recursos de Ley, no antes, motivo por el cual, no será atendido dicho reparo.

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, La Guajira, Sala Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia adiada 01 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, al interior del proceso promovido por el señor NILCAR RAFAEL IBARRA OJEDA contra PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, por las razones expuestas en este proveído.

**CUARTO: CONDENAR** en costas en esta instancia a los demandados recurrentes, 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

**HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES**  
Magistrado.

**CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ**  
Magistrado