



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

Magistrado Ponente: Dr. HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES

CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DECIDE	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
RADICADO	44-001-31-05-001-2023-00024-01
DEMANDANTE	DEMIS ADAMIS PACHECO FERNÁNDEZ C.C. 40.918.926
DEMANDADOS	<ul style="list-style-type: none">ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Nit. 900.336.004-7ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Nit. 800.144.331-3

Riohacha, treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

(Proyecto discutido y aprobado en Sala de la fecha, según Acta N° 025).

1. ASUNTO POR RESOLVER.

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los Magistrados **PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, LUIS ROBERTO ORTIZ ARCINIEGAS Y HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES**, quien preside en calidad de Ponente, procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el numeral 1 del art. 13 de la Ley 2213 de 2022, en la que se decide el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación formulado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contra la sentencia dictada en audiencia pública por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, el primero (01) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), dentro del proceso de la referencia.

2. ANTECEDENTES.

2.1. La demanda.

DEMIS ADAMIS PACHECO FERNÁNDEZ mediante apoderado judicial, instauró proceso ordinario Laboral de Primera Instancia, pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual que hizo de CAJANAL (hoy COLPENSIONES) a la AFP PORVENIR S.A. y, en consecuencia, se traslade nuevamente a COLPENSIONES.

Como soporte de sus pretensiones refirió que, nació el primero (01) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965) y tiene 55 años de edad.

Rdo: 44001-31-05-001-2023-00024-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Dcte: DEMIS ADAMIS PACHECO FERNÁNDEZ
ddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
Decid: Sentencia Segunda Instancia

Que empezó a cotizar al ISS hoy COLPENSIONES el 5 de febrero de 1986, alcanzando a cotizar 787.86 semanas al régimen de prima media con prestación definida; que labora al servicio de IDECOMER S.A.S. hasta la fecha de presentación de la demanda y tiene cotizadas en PORVENIR S.A. un total de 977, por lo que sumadas a las anteriores completa 1765 semanas para los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Que el 24 de julio de 2001 la actora fue trasladada del ISS a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS.

Que el día de la vinculación, el agente de PORVENIR S.A. le prometió mejores garantías, con unos beneficios que jamás podrían ser cumplidos.

Que elevó petición ante PORVENIR y COLPENSIONES solicitando el regreso al régimen del RAIS, pero le fue negado, lo cual le perjudica, dado que ha cotizado durante los últimos 10 años a la fecha con un salario de \$5.500.000 y según el fondo privado, no le alcanza para la pensión mínima.

Que las entidades de fondos de pensiones privados, engañaron a la parte actora y la indujeron a error, por ende, en un vicio del consentimiento que hace nulo el traslado del régimen de ahorro individual.

2.2. TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

2.2.1. La demanda fue admitida el 16 de febrero de 2023¹ y se dispuso la notificación a las accionadas. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fue notificada el 17 de febrero de 2023, según obra constancia al folio 119, pero guardó silencio.

2.2.2. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a través de apoderada contestó la demanda², se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló como excepciones de mérito las que denominó: a) LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, b) CARENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, c) COBRO DE LO NO DEBIDO, d) BUENA FE, e) PRESCRIPCIÓN, f) COMPENSACIÓN, g) INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y, h) LA GENÉRICA.

2.2.3. LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a través de apoderado contestó la demanda³ con total oposición a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo

¹ Folio 114 expediente digital de primera instancia

² Folio 121 y siguientes, ibídem

³ Folio 184 y siguientes, ibídem

las siguientes: a) PRESCRIPCIÓN, b) PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, b) COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y, c) BUENA FE.

2.2.4. Mediante providencia del 4 de septiembre de 2023⁴, se tuvo por contestada la demanda por parte del COLPENSIONES y PORVENIR por lo que se fijó fecha y hora para la audiencia del artículo 77 del CPTSS.

2.2.5. La audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación de litigio, se llevó a cabo el 1 de diciembre de 2023⁵ y en la misma fecha, se dictó la sentencia.

2.3. SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

La Juez de conocimiento profirió sentencia, el primero (01) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), en la que declaró la ineficacia de la afiliación que la señora DEMIS ADAMIS PACHECO FERNÁNDEZ que hizo a PORVENIR S.A. En consecuencia, dispuso que nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Ordenó a PORVENIR S.A. que en el término improrrogable de tres (03) meses, realice el traslado a COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, junto con todos los rendimientos que se hubieren causado. Por último, ordenó a COLPENSIONES realizar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, y a recibir los aportes que sean trasladados por PORVENIR S.A. y condenó en costas a esta última.

Sustentó su decisión indicando que está acreditado que la accionante realizó el cambio de régimen de prima media al individual, sin que se acreditara que al momento de ser abordado y convencido para trasladarse al fondo privado, contó con la información adecuada, suficiente y comprensible sobre las etapas del proceso de afiliación al RAIS y con los beneficios e inconvenientes que le generaría dicho traslado; que el simple formulario de vinculación en el que se plasmaba la voluntad de afiliación, no es suficiente, por lo que se declaró la ineficacia del traslado; que frente a la excepción de prescripción, conforme lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tratándose de un derecho pensional es imprescriptible, por lo que es posible reclamar la declaratoria de ineficacia en cualquier tiempo, como consecuencia de la trasgresión del deber de información.

2.4. DE LA APELACIÓN.

2.4.1. LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, interpuso el recurso de apelación alegando que no se

⁴ Folio 380, ibídem

⁵ Numeral 17, ibídem

Rdo: 44001-31-05-001-2023-00024-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Ddte: DEMIS ADAMIS PACHECO FERNÁNDEZ
ddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
Decid: Sentencia Segunda Instancia

cumplen las condiciones para que se decreta la ineficacia del traslado, como quiera que se han constituido todos los requisitos para obligarse, cuando el acto de afiliación lo realizó la demandante, que tampoco se encuentra ningún vicio de consentimiento, por cuanto la afiliación fue libre y voluntaria al momento de firmar el traslado.

Que una vez afiliado al fondo, el traslado solo puede trasladarse por una sola vez cada cinco años y no puede trasladarse cuando falte menos de 10 años para cumplir la edad, evento en el cual se encuentra la actora; que tampoco se considera viciado el consentimiento, pues le fue brindada la información necesaria para tomar la decisión y por tanto, lo aplicable en este caso, es la acción de rescisión, pero no una demanda ordinaria laboral por ineficacia, pues el fundamento es la inconformidad con el monto de la pensión, pero no por falta de asesoría que le brindaron.

Que además de lo anterior, se encuentra vencido por el plazo para interponer la acción de rescisión de conformidad con el artículo 1750 del C.C. y por tanto se encuentra saneado en el tiempo la nulidad relativa que hubiere podido surgir.

2.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

2.5.1. Mediante providencia del 8 de febrero de 2024, se admitió el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación formulado por COLPENSIONES.

2.5.2. La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., pidió la confirmación de la sentencia en cuanto se declaró la ineficacia del traslado, pero debe tenerse en cuenta el objetivo constitucional de estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional, en cuanto a la devolución de los aportes.

2.5.3. LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, describió el traslado indicando que la demandante solicitó la declaratoria de ineficacia del traslado, cuando le faltan menos de 10 años para pensionarse; que el motivo del traslado es eminentemente económico, conforme al interrogatorio de parte, por lo que no es procedente la demanda, pues la ineficacia surge con ocasión de una ausencia de consentimiento informado que le permitiera contar con una asesoría suficiente para tomar una decisión más conveniente para sus intereses pensionales.

Que la acción idónea en este caso es la acción de rescisión del contrato en virtud de la nulidad relativa, conforme al artículo 1741 del Código Civil, la cual ha debido interponerse dentro de los 4 años siguientes a la celebración del acto y no se hizo.

Rdo: 44001-31-05-001-2023-00024-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Ddte: DEMIS ADAMIS PACHECO FERNÁNDEZ
ddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
Decid: Sentencia Segunda Instancia

Que la entidad actuó conforme a la normativa aplicable al caso, pues no es competente para determinar si hubo o no transgresión al deber de información por parte de PORVENIR, pues se trata de una nulidad relativa, la cual no puede alegarse sino a petición de parte; que además inicialmente solo hasta la expedición del Decreto 2255 de 2010, el Decreto 2031 de 2015 y la Ley 1780 de 2015 las administradoras de fondo de pensiones adquirieron, por expresa disposición legal, la obligación de información detallada tanto para sus afiliados como al público en general, aspecto que fue reglamentado en la Circula No. 016 de 2016 de la Superfinanciera, por lo que pedir el traslado, solo por tener la posibilidad de obtener un mayor ingreso, no es razón suficiente.

Que las pretensiones no están llamadas a prosperar, por lo que solicita que se revoque la sentencia y se absuelva a COLPENSIONES.

2.5.4. La parte demandante recorrió el traslado, pidiendo la confirmación de la sentencia.

3. CONSIDERACIONES

Preliminarmente debe expresarse, que verificado el expediente, se tiene que la primera instancia remitió con el fin de que se resolviera el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES se surtiera el grado jurisdiccional de consulta, ante lo cual, se colige que el interés jurídico de la consulta para el presente caso, es la tutela del interés público, y esta desata al fallador de segunda instancia, otorgándole la potestad de revisar la sentencia en su integralidad, despojando de las reglas propias del solo recurso de apelación, en cuanto al principio de consonancia.

Por otro lado, se expresa, que los presupuestos procesales se encuentran satisfechos, situación que permite proferir una decisión de fondo. Además, no se evidencia causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

Examinado el proceso, se establece, que la parte demandante cumplió con la exigencia del artículo 6 C. P. del T. y de la S. S., porque hizo la reclamación administrativa ante el fondo de pensiones.

3.1. COMPETENCIA.

Se conoce del proceso con el objeto de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, contra la sentencia de primera instancia, tarea judicial que otorga competencia al *ad quem* para revisar los puntos objeto de reparo con el fin de determinar si se comparte y surtir el grado jurisdiccional de consulta.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Debe declararse la ineficacia de la afiliación de la señora **DEMIS ADAMIS PACHECO FERNÁNDEZ** y, en consecuencia, ordenar el traslado del **RÉGIMEN AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**, administrado por la AFP demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en el que se encuentra afiliada la parte actora, al **RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA**, administrado por la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES?**

3.3. FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

La Ley 100 de 1993 mediante la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, procuró unificar los distintos regímenes pensionales que hasta el momento existían y para ello se crearon dos sistemas pensionales, así: a) un régimen solidario de prima media con prestación definida caracterizado por una mesada pensional determinada y preestablecida, siempre que se cumpliera con los dos requisitos edad y semanas de cotización y, b) un régimen de ahorro individual con solidaridad en que la mesada pensional que depende del aporte acumulado realizado por el afiliado, más los rendimientos financieros de capital, siempre que dicha suma garantice el pago de una pensión equivalente al 10% del salario mínimo mensual vigente al tiempo del reconocimiento.

Por lo anterior, se permitió el traslado de los afiliados a cualquiera de los regímenes, salvo las personas que reunieran las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al RAIS, no se hayan regresado al RPM, podían volver en cualquier tiempo conforme a la sentencia C-789 de 2002, esto es, que al 1 de abril de 1994 contaran con 15 años de servicios; sin embargo, dicho postulado tiene su excepción cuando la elección de cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, no está precedida de una decisión libre y voluntaria de su afiliado, dado que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión que se adopte al momento del traslado, sin importar si la persona es o no, beneficiaria del régimen de transición, o si tiene un derecho consolidado, o está próximo a pensionarse.

En sentencia SU-130 de 2013 la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, unificó jurisprudencia en torno al traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, en el caso de beneficiarios del régimen de transición, en dicha sentencia se dijo:

Rdo: 44001-31-05-001-2023-00024-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Ddte: DEMIS ADAMIS PACHECO FERNÁNDEZ
ddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
Decid: Sentencia Segunda Instancia

“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.

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en radicación 31314 del 9 de septiembre de 2008 MP ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, se pronunció sobre la omisión de los Fondos de Pensiones en proporcionar información completa acerca del traslado de régimen, en dicha sentencia se indicó lo siguiente:

“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 una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada. No desde la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Frente a la constatación del deber de información, la sentencia SL17447-2017 profundizó sobre ello, aduciendo que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación era insuficiente, en los siguientes términos:

Rdo: 44001-31-05-001-2023-00024-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Ddte: DEMIS ADAMIS PACHECO FERNÁNDEZ
ddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
Decid: Sentencia Segunda Instancia

“Por demás las implicaciones de la asimetría en la información determinante para advertir 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 principios de <buena fe deservicio 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 los elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores condiciones del mercado) Y concluyó: “De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”

En sentencia SL17595-2017 la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Magistrado Fernando Castillo Cadena, aclaró lo referente al formato de traslado y la formula “libre y voluntaria” contenida en dichos documentos:

“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.”

También en la sentencia SL 1452-2019 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, decantó un conjunto de subreglas que respaldan la procedencia de la ineficacia del traslado del régimen pensional, ante la falta de prueba que acredite el cumplimiento del deber de información por los fondos privados de pensiones, por lo que la administradora debe brindar una información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, entre ellos, la pérdida del régimen de transición.

Por lo anterior, dicha Corporación concreta que los efectos de la declaratoria de ineficacia son imprescriptibles, ordenando devolver las cosas al estado anterior, lo cual varía cuando se adquirió la condición de pensionado, dado que se trata de una situación jurídica consolidada, que no es posible revertir o retrotraer, dejando abierta la posibilidad de reclamar una indemnización total de perjuicios por el incumplimiento del deber de información.

Por último y frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que incluye la devolución de saldos al afiliado con los gastos de administración, debidamente indexadas, con la prohibición de descontar los gastos de administración comisiones y otros. Así en sentencia SL31782-2021 del 3 de marzo de 2021 radicación 68471 Magistrado Ponente DR. GERARDO BOTERO ZULUAGA, expuso:

“... en razón a advertirse que por el transcurrir del tiempo y la tardanza en el pago, hay una devaluación de la moneda colombiana que afecta directamente el valor del retroactivo pensional y, por ende, derechos del pensionado. Con lo anterior se busca el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, con base en el índice de precios al consumidor, y así hacer efectiva la materialización de lo previsto en el artículo 53 constitucional, tal y como se sostuvo recientemente por esta Sala en el nuevo criterio doctrinal adoptado en la sentencia CSJ SL359-2021, en donde se dijo:

Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (artículo 53 de la Constitución Política), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito”.

3.4. DEL CASO CONCRETO

Es claro para la Sala que lo solicitado por la parte demandante, en el presente caso es la declaratoria de ineficacia de la afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad para en últimas regresar al Régimen de Prima Media, por lo que se considera oportuno estudiar cuáles son los eventos bajo los cuáles, puede darse el cambio de régimen pensional, según 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).

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 a que se hizo referencia en la jurisprudencia estudiada. Este criterio fue desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en aplicación de normas de carácter civil, y de la seguridad social, pues la desinformación del afiliado constituye la ineficacia del traslado por constituirse el deber de información, en un imperativo legal al momento de efectuar el traslado respectivo.

Ahora bien, en lo que respecta a la obligación del fondo para determinar si cumplió en forma oportuna y suficiente al momento de hacer el traslado, ha señalado la Corte Suprema de Justicia, que la carga probatoria, radica en cabeza de la AFP, ya que en ella, reposa la salvaguarda de la información, es la depositaria administradora del sistema de seguridad social, y por ende, se le facilita la demostración del cumplimiento de tales deberes, pues el afiliado difícilmente puede encontrar dichos medios de demostración, por lo que en estos eventos, se redistribuye la carga de la prueba, atribuyéndole a quien tenía a su carga, el deber de información.

Frente a la evolución normativa del deber de información, la sentencia CSJ SL1688-2019, de fecha 8 de mayo de 2019 radicación 68838 Magistrada Ponente DRA. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, expuso:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a

Rdo: 44001-31-05-001-2023-00024-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Ddte: DEMIS ADAMIS PACHECO FERNÁNDEZ
ddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
Decid: Sentencia Segunda Instancia

consejo y doble asesoría.	Circular Externa n.º 016 de 2016	obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
---------------------------	----------------------------------	--

De acuerdo con la providencia citada anteriormente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señala que la constatación del deber de información es ineludible, por lo que desde su creación las AFP tenían el deber de brindar información a los afiliados y usuarios del sistema pensional, a fin de que pudieran adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre el futuro pensional; que con el transcurso del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia, cambió para acumular más obligaciones, pasando del deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo y finalmente al de doble asesoría, punto que debe ser analizado por el juez al momento de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que desde el inicio siempre ha existido.

En el asunto sometido a consideración, se tiene que la señora DEMIS ADAMIS PACHECO FERNÁNDEZ nació el 01 de octubre de 1965 y cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde el 05 de febrero de 1986 y hasta el 24 de julio de 2001, fecha en que fue trasladada a la AFP PORVENIR S.A.

Como fundamento de las pretensiones alegó la demandante, que la AFP PORVENIR S.A., no documentó en forma clara y suficientemente los efectos que acarrearía el cambio de régimen, pues no delimitaron los alcances positivos y negativos; que le ofrecieron mejores garantías y que se pensionaría con mejor rentabilidad, pero la información brindada fue errónea, dado que nunca le explicaron las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes en los dos regímenes pensionales existentes en el país, lo cual tiene implicaciones para su futuro pensional.

Tal como se indicó anteriormente, le correspondía al FONDO DE PENSIONES demostrar que cumplió con el deber de información y asesoría, dando a conocer la información necesaria, con el deber de buen consejo sobre los beneficios e inconvenientes en cada uno de los regímenes.

La defensa del fondo descansa en la prueba documental, relacionada con la afiliación de la parte actora al fondo privado, sin que de ella se pueda deducir que se hubiere suministrado la información completa y comprensible, orientándola sobre las consecuencias de la elección del régimen pensional, con la ilustración suficiente de las diferentes alternativas, con sus beneficios y desventajas, que le hubieran permitido conocer el verdadero alcance de su decisión.

Tal como lo ha determinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia SL4964-2018) la simple firma del formulario, no es suficiente para dar por demostrado el deber de información adecuada y veraz, pues dichas

Rdo: 44001-31-05-001-2023-00024-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Ddte: DEMIS ADAMIS PACHECO FERNÁNDEZ
ddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
Decid: Sentencia Segunda Instancia

expresiones al tenor de lo señalado por la Corte son genéricas que, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado.

De lo expuesto entonces, el cambio del régimen debía estar precedido de una ilustración al usuario en el cual expusiera en forma veraz y detallada, las ventajas y desventajas en cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias del traslado, lo que sin lugar a dudas no se encuentra acreditado en el plenario y, por tanto, resulta ineficaz el traslado que realizara la parte actora, tal como lo determinara la funcionaria de primer grado.

Sobre la ineficacia del traslado, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1055-2022 radicación No. 87911 del 2 de marzo de 2022, con ponencia del Magistrado IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ, expuso:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.”

La declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), es decir que las cosas vuelven al estado anterior, como si el acto jamás hubiera exigido, por lo que el fondo privado deberá trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantías de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES.

Rdo: 44001-31-05-001-2023-00024-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Ddte: DEMIS ADAMIS PACHECO FERNÁNDEZ
ddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
Decid: Sentencia Segunda Instancia

Precisamente el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, uno de los efectos de la ineficacia es que las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban, esto es, como si no hubiera ocurrido, por lo que en el presente asunto, la declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, conlleva al regreso automático del demandante al Régimen de Prima Media hoy administrado por COLPENSIONES, del cual ya hacía parte; que además, no se trata de un traslado voluntario con la conservación o no del régimen de transición, sino el efecto de la ineficacia del régimen de cambio de régimen pensional por falta de la información clara y veraz, al momento del traslado.

Se aclara a la recurrente que, en este caso operó la ineficacia del acto jurídico, debido a que el fondo omitió el requisito de información, que es relevante de cara a la constitución del acto jurídico de traslado, además que, como lo ha dicho la Corte en reiterada jurisprudencia, exigirle al afiliado una prueba es un despropósito, en la medida que no haber recibido información suficiente corresponde a un supuesto negativo indefinido, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite, que cumplió con esta obligación.

De acuerdo con lo anterior, no es cierto que al fondo de pensiones accionado se le estén imponiendo cargas no contempladas en el ordenamiento jurídico al momento de la celebración del acto, ya que, según la normativa de la seguridad social vigente al momento del traslado, les asistía a las Administradoras de Fondos de Pensiones el deber de información consagrado en los artículos 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993⁶, deber que, como ampliamente se ha referido, no fue cumplido por la demandada.

Frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado en sentencia con radicación 31989 de 8 de septiembre de 2008 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia refirió lo siguiente:

*“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.”
(reiterada en la sentencia SL2611 del 1 de julio de 2020)⁷*

⁶ 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.

⁷ “Conforme a lo discutido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, lo cual trae como consecuencia, que la accionante jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que Colfondos S.A. deberá devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, aspecto sobre el cual ya la Sala se ha pronunciado

Rdo: 44001-31-05-001-2023-00024-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Dcte: DEMIS ADAMIS PACHECO FERNÁNDEZ
ddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
Decid: Sentencia Segunda Instancia

Por lo que, para efectos de esta sentencia los porcentajes de las cuentas de ahorro individual, gastos de administración, prima de seguro, deben asumirse como gastos de administración junto con las comisiones, por lo cual ni éstas, ni ninguna otra que no se enuncien dentro de esta sentencia puede ser deducidas por el demandado PORVENIR S.A., debiendo reintegrar íntegra y debidamente indexadas las sumas recaudadas en favor del afiliado demandante, esto último para evitar la pérdida del poder adquisitivo de los recursos destinados a pensiones conforme lo manda el artículo 48 de la C.P.

En todo caso la autorización al traslado entre regímenes, no implica el reconocimiento de cualquier otro derecho más allá de este, se precisa que los demás tópicos, deberán ser estudiados por la administradora al momento del eventual reconocimiento de algún derecho.

En consecuencia, dado que era procedente la declaratoria de ineficacia del traslado, se confirmará la sentencia apelada. Costas a cargo de la parte que le resulta desfavorable el recurso (art. 365-1 C. G. del P.) COLPENSIONES. En consecuencia, fíjese como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente y a favor de la parte actora, el cual deberá ser liquidado por el funcionario de primer grado, conforme lo señala el artículo 366 del CG de P.

3.5.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

El grado jurisdiccional de consulta queda agotado con el estudio de los temas realizados.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha primero (01) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, en el proceso ordinario laboral adelantado por la señora **DEMIS ADAMIS PACHECO FERNÁNDEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.

en oportunidades anteriores, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL17595-2017, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989...”

Rdo: 44001-31-05-001-2023-00024-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Ddte: DEMIS ADAMIS PACHECO FERNÁNDEZ
ddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
Decid: Sentencia Segunda Instancia

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, ante el resultado del recurso interpuesto. Como agencias en derecho se fija el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente y a favor de la parte actora, el cual deberá ser liquidado por el funcionario de primer grado, conforme lo señala el artículo 366 del CG de P.

TERCERO: Una vez en firme la presente sentencia, por Secretaría, devuélvase el proceso al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES
Magistrado Ponente

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada

(Ausente de la Sala con Permiso)
LUIS ROBERTO ORTIZ ARCINIEGAS
Magistrado

Firmado Por:

Henry De Jesus Calderon Raudales
Magistrado
Sala Despacho 003 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Riohacha - La Guajira

Paulina Leonor Cabello Campo
Magistrado
Sala 001 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Riohacha - La Guajira

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **26dfc5759e9ca188607e80c8ecc54ffa657c595f562f879eefc1c10093915d54**

Documento generado en 30/04/2024 04:21:44 p. m.

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>