



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

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada Ponente

Riohacha, La Guajira, treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Discutida y aprobada en sesión virtual de la fecha, según consta en Acta N°074

Radicado: 44-001-31-05-002-2021-00063-01. Proceso Ordinario Laboral promovido por ROSA BATRIZ DAZA VERGARA contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

1. OBJETO DE LA SALA.

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados LUIS ROBERTO ORTIZ ARCINIEGAS, 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 a la sentencia dictada en audiencia pública por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, verificada el veintiséis (26) de junio del 2023.

ANTECEDENTES.

1.1. La demanda.

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

SENTENCIA DE PRIMER GRADO:

La Juez de conocimiento profirió sentencia en la que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la Ineficacia de la afiliación que la señora ROSA BEATRIZ DAZA VERGARA hizo a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a partir del 17 de julio de 1998. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la señora ROSA BEATRIZ DAZA VERGARA, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida SEGUNDO:

CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. que en el término improrrogable de tres (3) meses, contados a partir de la ejecutoria de este proveído, proceda a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la señora ROSA BEATRIZ DAZA VERGARA con sus rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, realizar la afiliación de la señora ROSA BEATRIZ DAZA VERGARA al régimen de prima media con prestación definida y a recibir los aportes que serán trasladados por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. CUARTO: DECLARAR no probadas la excepción de Prescripción Y las de falta de causa para pedir, buena fe, inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, cobro de lo no debido, falta de causa para demandar, faltade legitimación en la causa por pasiva, el despacho se abstiene de resolverlas por sustracción de materia, conforme a los considerandos de esta decisión QUINTO: CONDENAR en costas a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, las cuales se tasarán en su oportunidad procesal. Agencias en derecho se tasan en la suma equivalente a 2 s.m.l.m.v. a cada una, a la fecha en que se profiere esta decisión”

3. RECURSO DE APELACIÓN:

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

“(..) Interpongo recurso de apelación ante la decisión adoptada para que el Tribunal Superior Sala Laboral, revoque la decisión, es preciso indicar que en lo que respecta a la devolución de rendimiento de cuotas de administración, no debe perderse de vista que las administradoras de fondos de pensiones y cesantías son entidades especializadas y autorizadas legalmente para realizar función de administrar los ahorros para pensiones de los trabajadores y gestionar el pago de las prestaciones y los beneficios que la Ley establece, dicho lo anterior, la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual sea la buena ejecución de la función de la administradora en cabeza de la FP, es decir, gracias a la gestión de la administradora la cuenta de ahorro individual se ha incrementado indeterminado porcentaje, lo que no hubiese sido posible si el afiliado siempre estuviera cotizando en el régimen de prima media con prestación definida, es necesario resaltar que la superintendencia financiera de Colombia, en el concepto del 17 de enero del 2000 indicó de forma expresa los eventos en los que procede la nulidad o la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de prima de seguro provisional, y en consideración de la compañía aseguradora, cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza ni tampoco la comisión de administración y es que ordenar el traslado de estos gastos a Colpensiones configura un enriquecimiento ilícito a favor de esta demandada, en la medida que no existe norma que imponga tal devolución pues, en forma clara y singular de interpretación diferente, el artículo 113 literal B de la Ley 100/93 menciona cuales son los dineros que deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, lo que se evidencia que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende no

pertenece a él sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó por incrementar el capital existente en la cuenta individual del afiliado.

*Con respecto a **la condena en costas**, claro que Porvenir cumplió con el deber que se encuentra en cabeza de ella por disposición normativa y jurisprudencial, y jamás existió omisión de la información como tampoco indebida asesoría, pues siendo la parte actora una persona legalmente capaz y se entiende que puede sopesar los argumentos manifestados por los asesores de la FP para determinar si le contenía o no tomar una decisión de trasladarse de fondo, por lo que se entiende que Porvenir actuó bajo el principio de la buena fe y acorde a derecho, por lo que **no existiría lugar a una condena en costas.**”*

A su turno la apoderada judicial de COLPENSIONES, manifestó lo siguiente:

*“(...) Teniendo en cuenta el fallo emitido por el despacho, en el inciso donde se condena en costas a la administradora colombiana de pensiones - Colpensiones, he de aclarar que esta administradora no tiene fundamento alguno para impedirle a sus afiliados que en el ejercicio de sus derechos fundamentales escojan el régimen de pensiones que prefieran, se supone que este estudio es realizado por cada una de las personas y afiliados, teniendo en cuenta un estudio minucioso de las ventajas que cada régimen tiene, asimismo esta administradora no aceptó en su momento por vía administrativa dicho traslado teniendo la imposibilidad legal estipulada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el cual modificó el literal e de la ley (...) que señala que después de un año en vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, teniendo en cuenta la edad de la señora demandante en estos momentos, esta administradora tenía un impedimento legal para aceptar dicho traslado, por lo cual solicitamos al Tribunal Sala Civil – Familia – Laboral del distrito de Riohacha, **sea exonerada en cuanto a las costas procesales condenadas en primera instancia**, teniendo en cuenta que mi representada actuó bajo los parámetros normativos exigidos para los casos de traslados de régimen de pensión.”.*

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto del 13 de octubre de 2023, la magistratura corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, pronunciándose de la siguiente forma:

a.- Presentados por la apoderada judicial de Colpensiones.

Manifestó en síntesis que *“(...) se mantenga la decisión donde se absuelve a mi representada de la presente causa, todo ello con fundamento en las siguientes consideración y así mismo aclarar que nos mantenemos en todos y cada uno de los puntos de la contestación de la demanda en primera instancia, solicitando a su vez que se revoque el fallo de primera instancia, en el que el Juzgado Segundo laboral del circuito de Riohacha, condena a mire presenta a que reciba a la señor como afiliado, con todos sus aportes y rendimientos y al pago de costas y agencias en derecho en primera instancia.*

A la fecha, el traslado efectuado al RAIS, tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del traslado de régimen suscrito el 17-07-1998, con la Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR, y la omisión de información vital para haber efectuado el cambio de régimen, alegados por la demandante, deberá probarse en el desarrollo del

proceso judicial con todas las garantías propias del debido proceso y el derecho de contradicción.

*Por lo anterior, no existe fundamento legal para la condena en **costas** procesales en primera instancia, lo que conlleva a que mi representada sea absuelta”*

b.- Presentados por el apoderado judicial de Porvenir S.A.

El Dr. Alejandro Miguel Castellanos López, como apoderado de la administradora en referencia, en el término para alegar de conclusión, solicitó “(...) *analizar las circunstancias particulares de este proceso que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes produjo los efectos jurídicos que las partes pretendían.*

En el evento de considerar que el “la falta al deber de información” constituye una causal estructural para que el traslado de régimen pensional no produzca efectos jurídicos, en aplicación del principio de la congruencia de los fallos judiciales, no se puede ordenar la devolución de los rendimientos financieros que los aportes de la parte demandante produjeron en el RAIS por cuanto no se alegó ni menos probó la mala fe de mi presentada, por lo que solo se deberá trasladar a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES los rendimientos equivalentes del RISS (tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las reservas pensionales de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia) administradas por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

(...)

ordenar que Porvenir S.A., indexe cualquier suma de dinero, es sin duda imponer una doble sanción, por cuanto sin hesitación alguna y sin que resulte necesario realizar ninguna operación matemática, los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó mi representada a partir del acto jurídico informado que celebró la parte de mandante con plenos efectos jurídicos, con creces, supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.”

c.- Presentados por la apoderada judicial de la parte demandante.

Adujo que “(...) *Uno de los efectos de la desinformación del asesor del Fondo de Pensiones PORVENIR, es el resultado del valor de la pensión al momento de cumplir con los requisitos legales establecido en la Ley 100 de 1993, pues al liquidar el caso de mi mandante, es abismal la diferencia entre lo proyectado por el Fondo de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual, y la aplicación de la forma de liquidar la pensión en el Régimen de Prima Media, en desmejora del ingreso del trabajador y el futuro pensionado.*

En ese orden de ideas, es claro que la desinformación, o la información incompleta, genera un vicio en el consentimiento del trabajador afiliado al sistema que realiza el traslado al RAIS, pues de conocer en realidad lo que aquí se plantea nunca se hubiese trasladado de régimen y continuaría en el de prima media, administrado hoy por COLPENSIONES. En

razón a ello, debe proceder la nulidad del traslado, pues si se aplicara la regla general de traslado señalado por la Ley 100 de 1993, al faltar menos de 10 años para la pensión no puede regresarse al régimen de prima media.”.

CONSIDERACIONES:

Presupuestos procesales.

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

COMPETENCIA.

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

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

NORMATIVIDAD

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

“Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.

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

Decreto 656 de 1994, Artículo 18:

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

PRECEDENTE VERTICAL

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

REGLAS APLICABLES PARA TRASLADO DE RÉGIMENES PENSIONALES.

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

*“Todos los usuarios del S.G.P., 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 S.G.P., 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 JURÍDICO CARECE DE EFECTO ALGUNO, ESTO SIN DECLARACIÓN JUDICIAL. LA DECLARACIÓN DE INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN 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 INFORMACIÓN SUFICIENTE.
(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL373-2021, Rad No.84475, sentencia del 10 de febrero de 2021; MP Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO)

“De entrada, anticipa la Sala que el recurrente tiene razón en su argumento, puesto que las documentales referidas no dan cuenta que la AFP hubiese cumplido con su obligación de suministrar información necesaria y transparente en la forma en que lo ha entendido la jurisprudencia. En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado». En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019).

En este asunto, la información de la documental de folios 124 a 126, únicamente se centra en la situación actual y potencial de Cárdenas Gil en el RAIS, sin referirla o contrastarla con las ventajas que ofrecía el sistema público alterno, administrado por Colpensiones, incluido el régimen de transición del que era beneficiario. En efecto, el formato de reasesoría contiene unas preguntas de selección múltiples, en las que el afiliado tiene la opción de marcar la afirmación o respuesta que considera correcta. Las preguntas tienen que ver con su edad, salario, años de servicio, si tiene bono emitido, el motivo por el que solicitó reasesoría, el canal de atención, el resultado del cálculo y la decisión del afiliado. De este formulario, no es dable deducir que el demandante recibió información clara, precisa y oportuna respecto a su situación actual y futura comparada con la que tendría en el régimen

de prima media con prestación de definida ni de las ventajas del régimen de transición que lo cobijaba. En cuanto al formulario de afiliación y su anexo, no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contienen datos que el afiliado le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios. El anexo es un cuestionario a diligenciar por el afiliado, en el que se le pregunta genéricamente si fue informado y asesorado por el Ejecutivo Comercial de la AFP y si desea estar vinculado a Protección S.A. El formato solo permite dar respuesta en términos de SI o NO, sin más detalles. También se interroga sobre el salario y se hace un cálculo estimado del valor de la mesada pensional bajo el régimen privado, sin comparación alguna con el sistema público de pensiones ni consideraciones adicionales.

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

OBLIGACIÓN DE INDEXAR LAS SUMAS ORDENADAS EN LA DEVOLUCIÓN DE SALDOS Y APORTES: COMPRENDE TODOS LOS APORTES REALIZADOS INCLUYENDO GASTOS DE ADMINISTRACIÓN. PROHIBICIÓN DE DESCONTAR GASTOS DE ADMINISTRACIÓN 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 GUARÍN 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, adoctrino:

[...]

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

«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

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

DOCTRINA PROBABLE: visto el reiterado precedente, donde no solo existen 3 decisiones que atienden asuntos análogos, sino una sólida posición reafirmada en más de 3 años de redundantes sentencias, puede afirmarse que la línea es sólida y pacífica, por tanto, es menester acatarla como fuente de derecho para los asuntos que guarden identidad. Adicional a las sentencias antes citadas se han presentado otras, entre ellas: Sentencia SL4360-2019, radicación 68852 del 9 de octubre de 2019 MP Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sentencia SL4343-2019 radicación70632 del 24 de septiembre de 2019 MP. Dra. Ana María Muñoz Segura, sentencia SL1452-2019, Radicación No. 68852 del 3 de abril de 2019, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sentencia SL771-2019, radicación No. 66406 del 19 de febrero de 2019 MP. Dr. Santander Rafael Brito Cuadrado y en las sentencias SL037-2019, Radicación No. 53176 del 23 de enero de 2019 MP. Dr. Ernesto Forero Vargas, que indicaron en síntesis que es una obligación que cuando un afiliado toma la importante decisión de

trasladarse de régimen, las administradoras de pensiones están obligadas a suministrarle información suficiente, clara y calificada, con el fin de ilustrarlo adecuadamente sobre las consecuencias de su decisión, para que no se incumpla lo que la Corte a denominado “*deber de información*”, y evitar perjuicios a los mismos; Aunado a lo anterior, la Corte considera que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, pues no demuestran el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

DEL CASO EN CONCRETO

Es claro para la sala que lo solicitado por la demandante, en el presente caso es la nulidad de su afiliación en el **RAIS** para en últimas regresar al **RPM**, considera la Sala, en atención a lo esgrimido por la parte apelante **PORVENIR y COLPENSIONES**, 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 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 y Colpensiones, quienes alegan que nunca hubo vicio de consentimiento, pues el traslado ocurrió por voluntad de la demandante, motivo por el cual, en torno a la deficiencia de la información suficiente para determinar la decisión del afiliado quedan estas variables lógicas:

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

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

Lo anterior permite concluir parcialmente:

a) La afiliada no resultó 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 a la afiliada 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 de la afiliada 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, máxime que bajo los términos del inciso 3° del artículo 1604 del Código Civil “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo: la prueba del caso fortuito al que lo alega.

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 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.

(...)

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.”

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).

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
---------------------------------	---	---

	<i>pensiones a dar información</i>	
<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 C.G.P, aplicable por remisión normativa del 145 del C.P.T. y SS, es menester interpretar la demanda, y adecuar el proceso

a la propuesta fáctica expuesta, readecuando de ser el caso el objeto litigioso (pretensión) que efectivamente resulte de tal interpretación.

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

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

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

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

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

No queda duda que la declaratoria en la forma presentada por el juzgado alude a la ineficacia del traslado, al existir dos apelantes en el presente asunto, no se violenta el

principio non reformatio in pejus, pues no se afecta realmente a ninguna de las partes ya que los efectos de la sentencia inicial perduran incólumes.

La transición de la demandante no fue objeto de declaratoria alguna en la sentencia recurrida, por ende, no es objeto de alzada, sin embargo, a la par de lo antes dicho es necesidad acotar que la entidad COLPENSIONES, debe estar a la mira si la afiliada es beneficiaria de dicho régimen, al momento de estudiar la viabilidad de su derecho social, sin que sea dable sugerir el traslado al RAIS, para su 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:

“Los 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.

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,

π_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:

$$\text{Suma de dinero}_t = \text{suma de dinero}_{t-j} * VAP_{t-j,t} \dots$$

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

De tal suerte que ordenar el pago de aportes, aun con sus frutos sin indexar, sin ordenar el pago de todos los gastos a cargo de la cuenta individual y sin indexarlos, resulta lesivo para el RPM o el mismo afiliado, pues llegado el caso de resultar faltantes se imputarían a uno u otro; así pues a fin de preservar el equilibrio del sistema mismo y sobre todo por los efectos de la declaratoria de ineficacia de la afiliación el total de las sumas que resulten producto de los aportes sumados durante todo el periodo de cotizaciones, así como lo restado por la AFP, producto de administración y de todos los elementos que ella componen (administración, primas de reaseguro, etc), deben ser reintegrados indexados, a la administradora pública; tal como se citó en jurisprudencia precedente sentencia SL1917-2021:

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

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

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

En efecto, en la última providencia se señaló:

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

[...]

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

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en

el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”.

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

De lo anterior resalta la sala que el tipo de acción que se debe ejercitar en estas clase de acciones no se es la nulidad del acto jurídico del traslado, sino de la ineficacia del mismo con base en los artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993; y los artículos 43 del C.S.T y el artículo 48 de la Constitución Política, por cuanto se violó por parte de la AFP el deber de información para obtener el traslado de quien estaba afiliado al RPM. De allí que, tratándose de un tema de ineficacia y no de nulidad, no puede aplicarse la “*prescripción*” prevista en los términos que se señalan en el artículo 1750 del C.C, y las consecuencias que trae esta declaratoria de ineficacia, es que acreditada la falta de consentimiento informado corresponde declarar la ineficacia del traslado y como consecuencia de ello entonces, para efectos de la concreción de los derechos pensionales reclamados, se debe imponer la obligación de la AFP de trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, con sus respectivos rendimientos, saldos, frutos e intereses. Además, se debe ordenar a todas las AFP en las que el demandante estuvo afiliado para que devuelvan los gastos y cuotas de administración, con cargo a sus propios recursos debidamente indexadas, y solo a la última AFP en la que se encuentre vinculado que devuelva las cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, también con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas; sumas que deberán ser entregadas a la administradora del RPM, porque tal como lo dispuso la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la administradora está en el deber de devolver al sistema pensional todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del trabajador, incluidos los rendimientos, si se hubieren causado, y además, de asumir las mermas sufridas en el capital destinando a financiar una eventual pensión de vejez, como consecuencia de un acto indebido de esta (Sent. Cas. Lab. SL1688-2019 y Rad. No. 31989 de 2008).

Sobre la inconformidad por la condena en costas, debe indicarse que las mismas es producto de la derrota en un juicio, o en la presentación de un recurso, y corresponde a los gastos y expensas debidamente acreditados que han sido sufragados durante el proceso; es decir, que es la imposición del pago de los gastos imprescindibles del proceso., por lo cual no es posible

exonerarlo de dicha condena, pues la Juez de primer grado condenó en costas a quienes se les resolvió de manera desfavorable en el presente proceso.

Finalmente es necesario indicar que los restante puntos considerados en la sentencia proferida en primera instancia se encuentran ajustadas en derecho; no obstante, lo anterior, los recursos de alzada atacan la inexistencia de vicio del consentimiento al momento de realizarse el traslado entre los regímenes de RPM y RAIS, lo cual obligó a realizar examen completo de la declaración principal, en ese orden de ideas **la consulta queda subsumida en la atención del recurso de apelación.**

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primer grado, con la consabida condena en costas a la recurrente en alzada.

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 fechada veintiséis (26) de junio del 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, al interior del proceso ordinario laboral seguido por la señora ROSA BATRIZ DAZA VERGARA contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en contra de **COLPENSIONES**, ante el resultado del recurso interpuesto. Como agencias en derecho se fija el equivalente a un (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 C.G.P.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada Ponente

HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES
Magistrado

LUIS ROBERTO ORTIZ ARCINIEGAS
Magistrado

Firmado Por:

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

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

Luis Roberto Ortiz Arciniegas
Magistrado
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Rihacha - 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: **762374019e1fa7272e23925d1886976bd4736e22c9fa5cec51f2403155dd158d**

Documento generado en 30/11/2023 03:53:34 PM

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