



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

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

Riohacha, La Guajira, veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Discutida y aprobada en sesión virtual, según consta en acta N°47

Radicación N° 44-001-31-05-001-2017-00199-01 proceso Ordinario Laboral. Demandante: MARTHA CECILIA DAZA ACOSTA contra COLPENSIONES, Y OTROS

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ, JOSE NOÉ BARRERA SAEZ y PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, quien preside en calidad de ponente, procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el decreto 806 de 2020 artículo 15 numeral 1° y una vez surtido el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la partes demandadas, contra la sentencia dictada en audiencia pública por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, verificada el dos (2) de septiembre del dos mil veinte (2020).

**ANTECEDENTES.**

**1.1. La demanda.**

La señora MARTHA CECILIA DAZA ACOSTA, mediante apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral, en procura de que se declare la ineficacia de la afiliación a las Administradoras de Pensiones **PORVENIR., PROTECCIÓN, COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y UGPP** por la ausencia de la manifestación libre y voluntaria del actor al traslado de régimen; que se declare que el actor puede trasladarse de esos fondos de pensiones en el régimen de ahorro individual para retornar a **COLPENSIONES** en el régimen de prima media con prestación definida y se ordene así mismo a **COLPENSIONES**, a

recibir al actor como afiliado al régimen de pensiones en prima media con prestación definida; así mismo solicita se le reconozca la pensión de vejez establecida en el art 33 de la ley 100 de 1993, más las mesadas adicionales de diciembre de cada año con los intereses moratorios liquidados mes a mes, y por último la condena en costas.

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

La Jueza de conocimiento profirió sentencia en la que resolvió:

*“PRIMERO: se declara la INEFICACIA DEL TRASALDO que la señora Martha Cecilia Daza Acosta hizo a porvenir S.A quien por virtud del regreso automático del régimen de prima media con prestación definida, deberá devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, 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 lo dispone el artículo 1746 del C.C. esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y el valor girado al fondo de garantía de pensión mínima del referido régimen, así como el destinado a gastos de representación. SEGUNDO: ORDENAR A COLPENSIONES realizar la afiliación de la señora MARTHA CECILIA DAZA al régimen de prima media con prestación definida y a recibir los aportes que serán trasladados por PORVENIR, esto no es solo el ahorro efectuado, sino también sus rendimientos, bonos y el valor girado al fondo de garantía de pensión mínima de dicho régimen, y el destinado a gastos de administración. TERCERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas. CUARTO: se condena en costas a PORVENIR S.A. se tasan las agencias en derecho en la suma de 4 SMLMV. Sin costas a cargo de Colpensiones. QUINTO: esta decisión será consultada al superior por haber sido adversa a COLPENSIONES”.*

## **3. RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con lo decidido los apoderados judiciales de las partes interpusieron recurso de apelación manifestando el apoderado judicial de PORVENIR lo siguiente:

*“Aprovecho la oportunidad para sustentar el recurso que oportunamente interpuse, tras la sentencia dictada en el día de hoy que resolvió la súplica de la demanda, que finalmente dispuso la nulidad de la ineficacia del traslado de la señora MARTHA CECILIA DAZA ACOSTA, a horizonte hoy PORVENIR por parte de un fondo público, ordena de igual manera la nueva afiliación de la demandante a Colpensiones, ordena el traslado de los saldos que tuviera está en su cuenta individual de PORVENIR a COLPENSIONES, negó las excepciones propuesta, la condena en costa y otras decisiones que adopto en la parte resolutive de su sentencia, como quiera que no estamos contento con lo decidido por carecer de fundamento factico y jurídico, hago la sustentación de la siguiente forma: tanto en la contestación de la demanda y en los alegatos previos a la decisión que se ataca hemos insistido en que la señora MARTHA CECILIA DAZA ACOSTA, esta válidamente afiliada al RAI, que para ello firmo un formulario de afiliación, que hubo la información suficiente al momento que esta se afilia a HORIZONTE, esa asumida por PORVENIR, que ese formulario de afiliación como se ha reiterado, contenía un derecho de retracto por un término de 5 días perentorio para que ella pudiera regresarse, del RAI a otro régimen pensional sin embargo no lo hizo, que ese formulario de afiliación comporta una presunción de validez de acuerdo al Artículo 3 de la ley 100 de 1993, que la decisión de la demandante era permanecer en el RAI, no se demostró a pesar de que se dijo al respecto, no ha concurrido señora juez ningún vicio al consentimiento, de lo que literalmente enseña el código civil como son el error, la fuerza y el dolo, tampoco concurren ninguna de las nulidades que comporta el código civil, para decir que no estamos de acuerdo con el nulidad decretada por su despacho, amen que hay una prohibición de tipo legal, pero que ella.. Para que su despacho ordenara el traslado de ella del RAI régimen privado, al régimen de prima media administrado por Colpensiones, situación tempor espacial que contaba con un término de 10 años, ósea en el 2010 para que ella pudiera regresarse al régimen de prima media tampoco lo hizo, el juzgado no atiende la súplica de la demanda en el sentido de que la demanda laboral de la señora MARTHA CECILIA DAZA ACOSTA esta cobijada por el plazo perentorio de la acción rescisoria contemplada en el artículo 1700 del código civil, que habla que ella contaba con una oportunidad legal de 4*

*años para demandar la nulidad de la afiliación, no lo hizo y el termino prescribió, por lo tanto insistimos que la demanda comporta una prescripción de la acción como lo enseña en el artículo 1750 del código civil, no se ha causado ningún perjuicio en la cuenta de ahorro individual en el RAI por parte de PORVENIR, antes por el contrario esta cuenta individual de ahorro genera unos rendimientos económicos diferentes al régimen de prima media donde no hay ningún rendimiento y no puede perderse de vista que estos dineros son manejados en el mercado de la economía, para terminar diciendo que no se han desmejorados sus aportes pensionales, menos se le ha causado un daño en su aspecto psicológico, moral, proyecto de vida como lo anotaba su apoderado en los alegatos previos a la decisión del juzgado, se formularon unos mecanismos exceptivos de fondo para negar las pretensiones de la demanda que tampoco fueron tenidos en cuenta por el juzgador de instancia para decidirlos en la sentencia, con la contestación de la demanda, los alegatos previos y esta inconformidad señora juez dejo sustentado el recurso de apelación ante el honorable tribunal superior de Riohacha sala civil para que decida la apelación y tenga a bien revocar la sentencia de primera instancia dictada por su despacho, en estos términos dejo sustentado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, gracias juez.”*

A su turno el apoderado judicial de la demandada **Colpensiones** por su parte adujo:

*“su señoría estando en la oportunidad legal me permito sustentar recurso de apelación interpuesto contra el fallo que se dictó en el presente proceso a fin de que el honorable tribunal lo revoque denegando las pretensiones de la demanda, de conformidad con la ley y la jurisprudencia, solo quienes tienen 15 años o más de servicio cotizados al 1 de abril de 1994, pueden trasladarse en cualquier tiempo del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con el fin de hacer efectivo los beneficios del régimen de transición para tal efecto deben trasladar a este todos los ahorros que hayan efectuado al régimen de ahorro individual el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubiere permanecido en el régimen de prima media, de esta forma la corte constitucional solo ha permitido el traslado en cualquier tiempo en los*

*evento de que un afiliado que inicialmente pertenecía al régimen de prima media se afilie al RAI y si desea volver al primero, podrá hacerlo siempre y cuando conserve el régimen de transición y adicionalmente acredite 15 años de cotización al 1 de abril de 1994, es cierto también que las leyes que surgieron entre el año 1994 y el 2016 no exigían nada diferentes al documento de afiliación donde contaba la plena intención de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad, acceder a las pretensiones de la demanda conlleva a que Colpensiones deba asumir la carga pensional de un afiliado que por decisión propia se trasladó de régimen lo que generaría en un corto plazo un detrimento en los recursos que esta entidad administra, insisto que esto afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, en el caso concreto de la señora MARTHA no está probada la falta de información por parte del fondo privado de acuerdo a lo manifestado por esta misma demandante en el interrogatorio que se le hiciera en la audiencia tramite, sin gracia a la discusión honorable sala laboral del tribunal superior reciba el fallo apelado, debe ordenarse conforme a la sentencia de la corte suprema de justicia SL del 8 de septiembre radicado 31989, la SL 17595 DE 2017, SL 4989 DE 2018, SL 1491 DE 2019 el reintegro de la totalidad de cotizaciones como recursos en cuentas de ahorro individual, cuentas abonadas al fondo de garantía de pensiones mínima, rendimientos anuales de bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros provisionales, gastos administrativos y cualquier otro valor producto de los ahorros de la demandante en el fondo privado, así mismo se debe estipular en la sentencia que de existir mora patronal Colpensiones no es responsable de la misma y no debe echársele a esta la carga de reconocer semanas con este reporte ya que se causó cuando se encontraba en otro fondo de pensiones, por tanto no tiene la responsabilidad de efectuar el cobro de los mismos al empleador moroso, tampoco debe reconocerle los beneficios a la actora del regimen de transición y no condenar en costas a Colpensiones que siempre ha actuado bajo el principio de buena fe, pues la afiliación al RAI se efectuó cuando esta ni siquiera se encontraba afiliada al IS, hoy administrado por Colpensiones, de esta manera su señoría dejo sustentado el recurso de apelación, muchas gracias.”*

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

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

En síntesis expuso que no resulta procedente aceptar la solicitud de ineficacia y(o nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni mucho menos habrá lugar a aceptar el traslado al régimen de prima media con prestación definida, extinguiéndose la posibilidad de regresar a el RPMPD esgrimida en el literal E del artículo 13 de Ley 100 de 1993.

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

En síntesis, manifestó que es improcedente la nulidad deprecada por la actora, en la medida que manifiesta no existe vicio alguno en el consentimiento expresado por la señora Daza Acosta, en el acto de surgimiento del acto jurídico de la afiliación a su AFP, pues, por el contrario están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizada por la demandante.

Por otra parte, indicó que si se llegare a la improbable conclusión de que la vinculación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad está afectado de nulidad, es pertinente anotar al despacho que cualquier declaración de ineficacia o nulidad de dicho acto jurídico estaría actualmente prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del código civil.

De esta forma solicita se revoque en su integridad la decisión adoptada por la A-quo y que la demandante continúe afiliada en el régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. ya que no ha existido ninguna causa legal para que no continúe en dicho régimen privado.

### **3.- De la apoderada de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – U.G.P.P.**

Manifestó que comparten la decisión de primer grado en el sentido de absolver a la entidad en referencia, por cuanto la demandante no es beneficiaria de que las AFP del régimen de primer media acepten el traslado, pues la demandante le hace falta menos de 10 años para cumplir con los requisitos pensionales, y a trasladarse al régimen de ahorro individual en las AFP PORVENIR, siendo esta última la AFP a la cual realizó cotizaciones al sistema, es este régimen de ahorro individual donde debe realizarse estudio y reconocimiento de pensión de vejez.

#### **4.- De la apoderada de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**

Manifestó en síntesis que la sumas descontadas por AFP PROTECCION cumplieron la finalidad de asegurar al actor frente a los riesgos de invalidez y muerte, puesto que mi representada los invirtió en una aseguradora conforme está diseñada la estructura del RAIS.

#### **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 la parte demandada, tarea judicial que otorga competencia al *ad quem* para revisar los puntos de inconformidad expuestos por ellos, al igual que la

sentencia por la consulta, que en el caso *sub lite* se contraen a replicar la declaratoria de la nulidad del traslado que concedió la *iudex a quo*.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

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

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

### **NORMATIVIDAD**

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

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

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

Decreto 656 de 1994, Artículo 18:

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

## **PRECEDENTE VERTICAL**

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

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

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

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

...

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

*cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición.*

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

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

**JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

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

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

**EL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIÓN CONFORME A LAS REGLAS CIVILES Y**

**COMERCIALES** (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL-19447, sentencia del 27 de septiembre de 2017 MP Dra. GERARDO BOTERO ZULUAGA)

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

Por demás las implicaciones de **la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional**, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, **escoger las mejores opciones del mercado**».

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

*“Aquí y ahora, se recuerda que no es dable argüir que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.”*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*(...)*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*[...]*

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

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

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

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

2019, radicación No. 66406 del 19 de febrero de 2019 MP Dr. Santander Rafael Brito Cuadrado y en las sentencias SL037-2019, Radicación No. 53176 del 23 de enero de 2019 MP Dr. Ernesto Forero Vargas, que indicaron en síntesis que es una obligación que cuando un afiliado toma la importante decisión de trasladarse de régimen, las administradoras de pensiones están obligadas a suministrarle información suficiente, clara y calificada, con el fin de ilustrarlo adecuadamente sobre las consecuencias de su decisión, para que no se incumpla lo que la Corte a denominado “deber de información”, y evitar perjuicios a los mismos; Aunado a lo anterior, la Corte considera que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, pues no demuestran el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

### **DEL CASO EN CONCRETO**

Es claro para la sala que lo solicitado por la demandante, en el presente caso es la nulidad de su afiliación en el **RAIS** para en últimas regresar al **RPM**, considera la Sala, en atención a lo esgrimido por la parte apelante **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, como lo es la nulidad, con un aporte importantísimo, en cuanto a la carga probatoria, y la redistribución de la misma, pues en criterio del órgano de cierre en materia laboral, la condición de salvaguarda de la información, la condición de depositario de administrador del sistema de la seguridad social, facilitan la demostración del cumplimiento de tales deberes radica en cabeza de las AFP, contrario sensu, resulta más traumático y difícil al afiliado encontrar los medios idóneos para su demostración, operando en concepto del máximo Tribunal, la redistribución de la carga probatoria, invirtiendo el deber de probar que cumplió con el deber de informar correctamente, como vía ineludible en la conformación del consentimiento.

Aquí se adentra en los recursos impetrado por AMBOS demandados, los cuales alegan que nunca hubo vicio de consentimiento, pues el traslado ocurrió por voluntad del demandante, motivo por el cual, en torno a la deficiencia de la información suficiente para determinar la decisión del afiliado quedan estas variables lógicas:

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

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

Lo anterior permite concluir parcialmente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*“En este asunto, la información de la documental de folios 124 a 126, únicamente se centra en la situación actual y potencial de Cárdenas Gil en el RAIS, sin referirla o contrastarla con las ventajas que ofrecía el sistema público 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).*

<b><i>Etapas acumulativa</i></b>	<b><i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i></b>	<b><i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i></b>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 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</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>derechos laborales y autonomía personal</i>	
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 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 desfavor de los consumidores financieros.”*

*De tal suerte, que no es procedente lo pedido por el apelante **PORVENIR S.A**, pues la sentencia se ajusta a los parámetros del precedente jurisprudencial bien citado y ampliado en esta sentencia;*

*Es absolutamente necesario, atender la declaratoria inicial del a-quo, para desarrollar el pedido de COLPENSIONES, en cuanto a la aplicación del artículo 13 de la ley 100 de 1993. Bajo los parámetros del Artículo 42 del CGP, aplicable por remisión normativa del 145 del CPT y SS, es menester interpretar la demanda, y adecuar el proceso a la propuesta fáctica expuesta, readecuando de ser el caso el objeto litigioso (pretensión) que efectivamente resulte de tal interpretación.*

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

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

*SL1689-2019 PENSIONES » AFILIACIÓN » TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL » INEFICACIA - La ineficacia del traslado pensional se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial, por lo que la sentencia que la declara lo que hace es comprobar un estado de cosas que surgen antes de la litis*  
*Tesis: «Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de “ineficacia”, en la medida que esa consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque, desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la Litis». PROCEDIMIENTO LABORAL» PRESCRIPCIÓN» ACCIONES PENSIONALES - La declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por tanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho*

irrenunciable a la seguridad social -la prescripción no es de aplicación automática

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

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

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

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

También y pese a que tampoco fue objeto de alzada, y atendiendo el principio ya expuesto en cuanto a las reglas de la apelación, **debe** esta Sala estudiar la indexación de las sumas ordenadas, en primer lugar los aportes se ordenan con **sus rendimientos**; para el caso concreto COLPENSIONES dentro de la contestación de la demanda señalo cuales ítems deberían tener indexación en la condena (fl 58) lo cual constituye objeto litigioso señalando las cuentas de ahorro individual, gastos de administración prima de reaseguro FOGAFIN, primas de reaseguro

*invalidez y muerte, las que no tengan destinación específica, deberían ser indexadas.*

*Más adelante señalo:*

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

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

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

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

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

consumidor (...)", y el y el literal i) del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 262 de 2004 según el cual el DANE debe "certificar la información estadística, siempre que se refiera a resultados generados, validados y aprobados por el Departamento".

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

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

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

Donde:

$t$  = Mes de referencia del cálculo

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

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

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

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

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

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

Donde,

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

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

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

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.*

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada proferida el 2 de septiembre de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARTHA CECILIA DAZA ACOSTA**, contra **PORVENIR S.A Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, por lo considerado en la parte motiva del presente proveído, el cual permanecerá así:

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

**PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida, el cual permanecerá así:

**SEGUNDO: CONDENAR A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a realizar la devolución, con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante **MARTHA CECILIA DAZA ACOSTA**, debidamente indexados, conforme se señala en la parte motiva de la sentencia sin descontar valor alguno por concepto de cuotas de administración y comisiones o cualquier otro rubro.

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

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

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

**PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO**  
Magistrada Ponente

**JOSÉ NOÉ BARRERA SAENZ**  
Magistrado.

**CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ**  
Magistrado.  
Con impedimento



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL RIOHACHA  
SALA CIVIL – FAMILIA- LABORAL  
RIOHACHA – LA GUAJIRA**

Riohacha, veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ.

Radicación: 440013105001201700019901 Ordinario Laboral. MARTHA CECILIA DAZA ACOSTA contra COLPENSIONES Y OTROS.

Para su conocimiento y fines pertinentes, procede el suscrito Magistrado de la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de La Guajira, a declararse impedido dentro del asunto de la referencia con fundamento en el numeral 6 del artículo 141 del Código General del Proceso, que dispone: *“Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, y cualquiera de las partes, su representante o apoderado”* y el numeral 14 de la misma codificación así:

*14. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar.*

Lo anterior teniendo en cuenta que el suscrito presentó demanda ordinaria laboral a través de apoderado judicial en contra de PORVENIR S.A., demandada en esta causa, radicado bajo el número 2018-357, admitida a través de auto fechado tres (3) de octubre de 2018, emitido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bucaramanga ordenando integrar a COLPENSIONES como Litis consorcio necesario, es decir, existe pleito pendiente entre este servidor y la precitada compañía, y en razón a ello me corresponde declararme impedido para seguir conociendo y decidir acerca del asunto planteado.

SIN NECESIDAD DE FIRMAS  
(Art. 7 Ley 527 de 1999, arts, 2 inc. 2, Decreto  
Presidencial 806 de 2020 art. 28;  
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)  
**CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ**

Magistrado Ponente