



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

Riohacha, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ROBERTO ORTIZ ARCINIEGAS

ACCIÓN:	PROCESO ORDINARIO LABORAL – LEY 1149 DE 2007
PROVIDENCIA	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
DEMANDANTE:	DAYSI ELIZABETH DE LUQUE ATENCIO
DEMANDADOS:	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES– COLPENSIONES. - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A - DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA
JUZGADO DE ORIGEN:	JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE RIOHACHA, LA GUAJIRA
TEMA:	INEFICACIA DE AFILIACIÓN A AFP
RADICACIÓN:	44-001-31-05-001-2022-00030-01

Discutido y aprobado en Sala Según **Acta No. 069** de veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los Magistrados PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, HENRY DE JÉSUS CALDERÓN RAUDALES y LUIS ROBERTO ORTIZ ARCINIEGAS, quien preside en calidad de ponente, profiere sentencia escrita conforme a la Ley 2213 de 2013, dentro del proceso de la referencia.

Se observa además que se ha surtido el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, con el fin de resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta y el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., frente a la sentencia dictada el veintiséis (26) de abril de dos mil veintitrés (2023) por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha - La Guajira, en el proceso de la referencia.

Por disposición de los artículos 279 y 280 del C.G.P., esta sentencia será motivada de manera breve.

1. ANTECEDENTES

1.1. DEMANDA.

DAYSI ELIZABETH DE LUQUE ATENCIO elevó demanda a través de apoderado judicial, por medio de la cual pretendió que se declare la nulidad de la afiliación que hizo del I.S.S., hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A., por cuanto no hubo una información clara, eficaz, transparente, honesta y necesaria por parte de la administradora del RAIS; por lo cual debe retornar automáticamente a

COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, como única afiliación válida.

Como soporte de sus pretensiones indicó que, nació el veinte (20) de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959) y al momento de presentación de la demanda, contaba con 62 años de edad.

Que comenzó a cotizar en el régimen especial administrado por la CAJA DE PREVISIÓN DEPARTAMENTAL EN LIQUIDACIÓN en el quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992), que luego cotizó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS, hoy Colpensiones a partir del dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995) en el cual cotizó 323 semanas.

La demandante afirma haberse trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al fondo de pensiones Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A el día dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996) y al cual, hasta el momento de prestación de la demanda a cotizado 1341; para un total de 1665 semanas cotizadas para riesgos de invalidez, vejez y muerte a la fecha de la presentación de la demanda.

Que el traslado de Régimen se surtió sin información completa, comprensible, clara precisa, oportuna, pertinente y suficiente por parte de la ejecutiva de venta o ejecutiva comercial de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A sobre las consecuencias negativas que tendría a futuro en ocasión al cambio de Régimen por lo que la condujeron al error y un vicio del consentimiento que hace nulo el traslado del régimen; así mismo, que esta ejecutiva de venta o ejecutiva comercial de Porvenir S.A el día de la vinculación le manifestó “[...] *que sí se pasaba o trasladaba de a este fondo de pensiones tendría mejores garantías [...]*”.

Que según simulación pensional expedida por Porvenir S.A, si continuaba cotizando hasta los sesenta y dos (62) años el valor de la mesada pensional sería de 1.000.000 (UN MILLÓN), desconociendo el IBL y el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años.

1.2. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA.

Admitida la demanda con auto del veinte (20) de abril de dos mil veintidós (2022), se ordenó notificar a las demandadas y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

1.2.1. CAJA DE PREVISIÓN DEPARTAMENTAL EN LIQUIDACIÓN –DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA-:

Contestó la demanda mediante apoderado judicial, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, respondió a cada uno de los hechos planteados en libelo de la demanda donde indicó como cierto los hechos 15 y 7; de los hechos 19 y 18 dijo que estos no eran hechos, sino una percepción subjetiva por parte del apoderado la demandante; del hecho 17 dijo atenerse a lo que se probare en el proceso y; de los demás hechos dijo no constarle. No propuso excepciones.

1.2.2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.:

Mediante apoderado judicial, se opuso a las pretensiones, declaración y condenas solicitadas en la demanda; afirmó que el traslado realizado por la demandante el día dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996) se produjo conforme a las disposiciones del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y el decreto 720 de 1994 sobre las implicaciones de su decisión, sobre el

funcionamiento de las RAIS y sus condiciones pensionales, razón por la cual considera válido el traslado bajo los términos del artículo 60 de la ley 100 de 1993.

Que la afiliación por parte de la demandante a Porvenir S.A fue producto de una decisión libre e informada según la solicitud de vinculación –documento público- en la que se observa la declaración escrita de la que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT.

Así mismo, indicó que no es procedente declarar la nulidad absoluta del traslado por cuanto la demandante debió acreditar cualquiera de las eventualidades que de forma expresa establece el artículo 1741 de código civil; que a falta de acreditación de cualquiera de estos supuestos solo puede alegarse nulidad relativa, la cual es susceptible de ratificación y que esta ha operado durante toda la prestación pensional de tracto sucesivo durante 19 años de pagos de aportes mensuales.

Propuso las excepciones de PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN Y LAS GENÉRICAS.

1.2.3. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES:

Contestó la demanda mediante apoderado judicial, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma por carecer de fundamentos facticos y jurídicos; indicó que la solicitud de afiliación o traslado fue realizada de manera directa y voluntaria por parte de la demandante, ejerciendo su derecho de libre elección de régimen de conformidad con el artículo 13, literal B de la Ley 100 de 1993; que el accionante nunca hizo uso del derecho de retracto a pesar de ser consciente de la situación; que la accionante nunca estuvo afiliada a al extinto ISS hoy Colpensiones; que el traslado realizado por la demandante tiene plena validez y la afirmación de vicio de consentimiento en el contrato suscrito por la AFP del RAIS alegado por el actor, deberá ser probarse en el desarrollo del proceso.

Formuló las excepciones de INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD EN CASO DE INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RÉGIMEN, CARENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES.

Con auto del cinco (05) de diciembre de dos mil veintidós (2022), se tuvo por contestada la demanda por parte de las demandadas y se programó fecha para llevar a cabo audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. y de ser posible, desarrollar la de Trámite y Juzgamiento del artículo 80 ibídem.

2. SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Surtido el trámite de rigor, una vez desarrollada las audiencias de que tratan los artículos 77 y 80 del C.P.T y de la S.S., el veintiséis (26) de abril de dos mil veintitrés (2023) se profirió sentencia de instancia a través de la cual, la Juez de Primer Grado resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora **DAYSY DELUQUE ATENCIO** hizo de **CAJA DE PREVISIÓN DEPARTAMENTAL DE LA GUAJIRA** a la administradora de Pensiones y Cesantías **PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: ORDENAR a **PORVENIR S.A.**, que en el término improrrogable de 3 meses, proceda a trasladar a **COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, junto con los rendimientos que se hubieren causado durante el tiempo que estuvo afiliado a dicha fondo.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, realizar la afiliación de la actora al régimen de prima media con prestación definida y a recibir los aportes que serán trasladados por **PORVENIR S.A.**, esto es, no solo el ahorro efectuado, sino también sus rendimientos.

CUARTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas a **PORVENIR S.A.**, de las que se tasan las agencias en derecho en la suma de 4 smlmv.

SEXTO: Esta decisión será consultada con el Superior, por haber sido adversa a COLPENSIONES.”

Planteó como problema jurídico: “establecer si se debe declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a Porvenir por vicio en el consentimiento y, si en consecuencia, debe ordenarse a Colpensiones que acepte al actor como su afiliado recibiendo todos los deportes por el realizado al RAIS.”

Seguidamente procedió a realizar un estudio de la nulidad del acto jurídico y consentimiento libre e informado; consideró que PORVENIR S.A. no cumplió con su deber legal de brindar a la afiliada una información adecuada, suficiente, cierta y comprensible sobre las etapas del proceso de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y sobre los beneficios e inconvenientes que le generaría el traslado, menos aún evidenció un asesoramiento sobre las condiciones en que podría acceder a la mesada pensional en dicho régimen.

Precisó que el hecho de que la asegurada haya firmado el formulario de vinculación en el que se plasma que su voluntad de afiliación al régimen de ahorro individual se dio en forma libre, espontánea y sin presiones, no desvirtúa la falta de asesoramiento, por cuanto tal decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

En lo que atañe a la prescripción, señaló que, desde la fecha de la reclamación administrativa y la presentación de la demanda, no transcurrieron más de tres (03) años, por lo que no prospera la excepción, aunado a que la jurisprudencia nacional y regional ha indicado que existen ciertos derechos que no se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción, como sucede en este caso que se trata de derechos pensionales.

3. RECURSOS DE APELACIÓN

3.1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Inconforme con la decisión de Primer Grado, la apoderada judicial recurrió la sentencia, así:

“(…) por parte de la Administradora Colombiana de pensiones –Colpensiones-, presentaremos recurso apelación al cual sustentaremos de la siguiente manera; teniendo en cuenta que el traslado realizado por la señora Deysi De Luque Atencio el 2 de febrero de 1996 a la administradora de pensiones y cesantías Porvenir, se hizo teniendo en cuenta el derecho fundamental que cada uno de los filados tiene de escoger el régimen de pensiones que prefieran y se supone que esta decisión es debido a un estudio minucioso realizado por cada uno de los afiliados.

Así mismo, en el artículo 2 de la ley 797 del 2003 el cual modificó el literal 13 de la Ley 100 de 1993 que dispone que después de un año vigencia la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de fondo cuando le faltarán 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, y teniendo en cuenta el momento de la presentación de la demanda de la señora demandante contaba con 62 años de edad en consideración que no ha sido el 20 de octubre 1959, y ahí entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen es de la normatividad citada y “disignias” presentes teniendo en cuenta que a la fecha ya ha cumplido con los requisitos de edad para que adquirir el derecho a la pensión de vejez.

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado su señoría, el presidente me recurso a apelación para que en la sala civil familia laboral del circuito Riohacha tribunal superior, revoque dicha sentencia y absuelva mi representada teniendo en cuenta la prohibición legal anteriormente mencionada.”

3.2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Por su parte, interpuso el recurso fundado en los siguientes argumentos:

“Su señoría, respetuosamente interpongo recurso de apelación ante la decisión adoptada para que el tribunal superior sala laboral revoque la decisión y absuelva mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Frente a los rendimientos y cuotas de administraciones, es preciso indicar que en lo que respecta a la evolución de los rendimientos y cuotas de administración no debe perderse vista que las administradoras de fondos de pensiones y cesantías son entidades especializadas y autorizadas legalmente para realizar la función de administrar los ahorros para pensiones de los trabajadores y gestionar el pago de las prestaciones y beneficios que la ley establece.

Dicho a lo anterior, la rentabilidad generada que en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena ejecución de la función de la administradora en cabeza de la AFP, es decir, gracias a la gestión de la administradora de la cuenta de ahorros individual se ha incrementado en determinada porcentaje, lo que no hubiese sido posible si el afiliado estuviera cotizando el régimen de prima media, con prestación definida.

Es necesario resaltar que la superintendencia financiera de Colombia en el concepto del 17 enero del 2000 indicó en forma expresa que en los eventos que de proceder la nulidad e ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar, son los aportes y los rendimientos de la cuenta individual de la afiliado, sin que proceda la devolución de prima de seguro provisional en consideración que la compañera aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza ni tampoco de la comisión de la administración y el ordenar el traslado a estos gastos a Colpensiones se configura en un enriquecimiento ilícito a favor de la demanda, en la medida que no existe normas que disponga tal devolución, pues en forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes, el artículo 113, el Literal B de la Ley 100 de 1993 menciona cuáles son los dineros que ven trasladar cuando existe el régimen, lo que evidencia que no están destinados a financiar prestación de la afiliado, o por ende no pertenecen a él sino al fondo privado como contra prestación de la gestión que adelantó por incrementar el capital existente en la encuesta individual de la afiliado.

Con respecto a la condena en costas es claro que Porvenir cumplió con los deberes de que se encuentran en cabeza de ella por disposición normativa y jurisprudencial y jamás existió misión de la información como tampoco indebida asesoría, pues siendo la parte actora la persona legalmente capaz y se entiende que puede sopesar los argumentos manifestados por los asesores de la AFP para determinar si contenía o no tomar la decisión de trasladarse de fondo por lo que se entiende que Porvenir actuó de buena fe y acorde a derecho por lo que no hay lugar a una condena en costas, en ese sentido solicito se me conceda recurso apelación para que el tribunal superior en sede instancia absuelva mi representada, .”

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA.

Con auto del doce (12) de julio de dos mil veintitrés (2023), se admitió el Grado Jurisdiccional de Consulta y en el efecto suspensivo el recurso de apelación formulado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contra la providencia del veintiséis (26) de abril de dos mil veintitrés (2023), dictada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha – La Guajira.

Así mismo, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión en esta instancia, las cuales se pronunciaron así:

4.1. **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.:**

A través de apoderado solicitó la revocatoria en su integridad de la sentencia de primera instancia, argumentando que no se probaron los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, afirma que tampoco se probó ninguno de los vicios del consentimiento a que se refiere el artículo 1508 del C.C., por lo que el formulario de afiliación suscrito por la actora es un documento público, que se presume auténtico y por tanto, no es posible restarle valor y menos desconocerlo; que la actora también le correspondía el deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, debiendo indagar las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con la entidad, pudiendo exigir las explicaciones verbales o escritas para precisar la toma de la decisión.

Que además la entidad le garantizó el derecho de retracto y luego de recibir la información necesaria y suficiente, decidió escoger el régimen de ahorro individual, lo cual se materializó con la suscripción del formulario, del que insiste se presume auténtico.

Que la entidad si cumplió con la carga procesal, pese a la inversión de la carga de la prueba, en la medida que acreditó con los documentos que de acuerdo con las normas existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico del traslado debía mantener en sus archivos, además que la demandante jamás estuvo en imposibilidad absoluta de retornar al RPMPD permaneció en el RAIS, lo que sin duda debe valorarse como un indicio serio de querer permanecer en él.

Que se le imponen cargas probatorias inexistentes, pues para el momento en que se celebró el acto jurídico de vinculación, la entidad debía dejar constancia de la libre escogencia a través del formulario de vinculación, sin que tuviera la necesidad de registrar en documentos o a través de testigos o cualquier otro medio de prueba que, le suministró la información necesaria y objetiva acerca de las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez a los futuros afiliados, para lo cual cita la sentencia SL1637 de 2022.

Que la primera instancia no realizó un análisis en conjunto y crítico de las pruebas y decidió declarar la ineficacia del traslado, sin consideración a las normas antes referidas del ordenamiento civil, relacionadas con la validez de los negocios jurídicos, por lo que procede a hacer un estudio sobre la ineficacia y la nulidad de los actos jurídicos y sus efectos.

En igual medida, solicitó que en caso de que este Tribunal considere que se debe reintegrar la totalidad de los rendimientos, se autorice a PORVENIR S.A., a descontar de tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar, como quiera que, la AFP realizó una gestión a favor del afiliado que le generó los referidos rendimientos, representados en: i) El reintegro del porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual realizada al Sistema General de Pensiones por concepto de los gastos de administración (artículo 20 de la Ley 797 de 2003), durante el periodo en el que el afiliado estuvo vinculado a Porvenir; ii) A pagar el valor que corresponda al costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos.

En este sentido, que al declarar la ineficacia del traslado pensional, el valor a trasladar correspondería a los intereses que la persona hubiese obtenido en el régimen de prima media, esto es, *el monto de los aportes + rentabilidad RISS (Colpensiones)*, por cuanto de acuerdo con el precedente judicial, la ineficacia implica retrotraer las cosas a su estado anterior como si nunca hubiese existido y, en aplicación del principio de inescindibilidad de las normas, la condena debería guardar consonancia con este principio y que, en caso de condenarse a trasladar los aportes con los rendimientos del RAIS, esto es, *el monto de los aportes + rentabilidad Multifondos (RAIS)*, debe aplicarse la figura de

las restituciones mutuas, para que, en este asunto a PORVENIR S.A., no se le condene a devolver los gastos de administración y de seguros.

4.2. DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA:

Se ratificó en lo contestado a la demanda, es decir, que la Entidad Territorial no estaba llamada a responder por cuanto las pretensiones de la demanda no estaban encaminadas a alguna actividad desarrollada por el Departamento de La Guajira, razón por la cual se debe excluir de toda responsabilidad por falta de legitimación en la causa por pasiva.

4.3. PARTE DEMANDANTE – DAYSIS ELIZABETH DE LUQUE ATENCIO.

Solicitó la confirmación de la sentencia, insistiendo que la demandante no fue informada en debida forma sobre los beneficios del cambio de régimen y, por tanto, el traslado debe declararse ineficaz.

4.4. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Por medio de apoderado judicial solicita revocar la sentencia de primera instancia y en caso de considerar procedente las pretensiones de la demanda, absolver a Colpensiones de las costas y agencias en derecho, toda vez que la entidad actuó de buena fe conforme a los documentos allegados por el solicitante en el trámite administrativo.

Sobre el traslado entre regímenes este dijo que la improcedencia del mismo es clara, en tanto la demandante de forma libre, expresa y voluntaria decidió trasladarse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y por parte de Porvenir no hubo circunstancia que viciara el consentimiento.

Así mismo, aseguró que la actora no cumple con los requisitos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dado que al momento de realizar la solicitud de traslado a Colpensiones en la fecha 31 de enero de 2022 yacía con 62 años, razón por la cual ya contaba con la edad para pensionarse y en ese sentido rebasaba la prohibición legal establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Sobre la voluntad esta dijo, que un aspecto contundente que confirma la voluntad de la demandante es la circunstancia particular de no haber hecho uso de la posibilidad del retracto, en cuanto al periodo de gracia durante los años 2003 y 2004 con lo que se demuestra que no existe inconformidad alguna en cuanto a su permanencia y selección.

Respecto del vicio de consentimiento, luego de explicarse sobre los artículos 1508, 1741, 1750 y el artículo 10 del decreto 720 de 1994, manifestó que si el supuesto de hecho expuesto en la demanda se encuentra en probar que el promotor de la AFP omitió o erró en la información otorgada para el trabajador pudiera elegir a cual régimen pensional quería pertenecer y esto le causó un perjuicio en el valor de la mesada que sería otorgada por el RAIS, entonces la acción a emprender no es la ineficacia de la acción, sino el resarcimiento de los perjuicios, sin que a través de esta se permita la nueva elección del régimen pensional o retorno al anterior, que la consecuencia de salir avante la ineficacia, que por principio de legalidad no puede extenderse a estos supuestos facticos.

Con lo anterior se resalta que la nulidad deprecada en la litis, se refiere a la nulidad relativa que en términos del artículo 1743 del Código Civil se encuentra saneada y se configura la prescripción de la acción rescisoria porque la afiliación de la actora data de más de 4 años, en consecuencia, el derecho de rescisión feneció. Por lo que las pretensiones de la actora no deben prosperar en cuanto que para época en que se dio dicha vinculación no existía la exigencia de la circular 016 de 2016 de la Superfinanciera y que esta norma carece de aplicación retrospectiva.

Arguye que solicitar el traslado a Colpensiones por tener la posibilidad de pensionarse con ingresos más altos no es razón suficiente para solicitar la nulidad.

Finalmente alega, que teniéndose en cuenta el artículo 36 de la ley 100 de 1993, la actora no cumple con los 15 años de servicio o más cotizados para trasladarse en cualquier tiempo según el régimen de transición y la jurisprudencia nacional.

5. CONSIDERACIONES.

Preliminarmente debe señalarse que se encuentran reunidos los presupuestos para resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación formulado contra el fallo de primer grado por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A., ante lo cual, se colige que el interés jurídico de la consulta para el presente caso, es la tutela del interés público, y esta desata al fallador de segunda instancia, otorgándole la potestad de revisar la sentencia en su integridad, despojando de las reglas propias del recurso de apelación, en cuanto al principio de consonancia (art. 66A C.P.T. y S.S.).

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

Examinado el proceso, se establece, que el demandante cumplió con la exigencia del artículo 6 C. P. del T. y de la S. S., porque hizo la reclamación administrativa ante el fondo de pensiones; adicional se observa la debida integración de la Litis, pues se constituyó como parte la AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, pese a que esta no acudió.

5.1. COMPETENCIA.

Arriba al conocimiento de esta Sala el presente proceso con el objeto de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., contra la sentencia de primera instancia, tarea judicial que otorga competencia al *ad quem* para revisar los puntos objeto de reparo con el fin de determinar si se comparte y además surtir el grado jurisdiccional de consulta.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde determinar si debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante DAYSI ELIZABETH DE LUQUE ATENCIO y en consecuencia ordenar el traslado del régimen ahorro individual con solidaridad, administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. en el que se encuentra afiliada la demandante, al régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

5.3. FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES.

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, M.P. 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".

ACERCA DE LA OMISIÓN DE CUMPLIR LOS FONDOS DE PENSIONES, CON SU OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR UNA INFORMACIÓN COMPLETA Y COMPRENSIBLE (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad No.33083, sentencia de 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN).

"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.

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

EL DILIGENCIAMIENTO DEL FORMULARIO DE AFILIACIÓN NO SUPLE EN MANERA ALGUNA EL DEBER DE INFORMACIÓN (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1501-2022, sentencia de 27 de abril de 2012, radicación 90780, M.P. Dr. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ).

"(...) El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «consentimiento» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la validez, para, en su lugar, centrar el análisis en el «deber de información y buen consejo» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia."

FRENTE AL DEBER DE INFORMACIÓN COMO REQUISITO DE EFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1055-2022, sentencia de 2 de marzo de 2022, radicación 87911, M.P. Dr. IVAN MAURICIO LENIS GÓMEZ):

"Adicionalmente, ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para verificarse el deber de información la persona afiliada tenga que ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o esté próxima a consolidar el derecho pensional. Lo anterior porque la ineficacia se predica frente al acto jurídico de traslado considerado en sí mismo y para ello únicamente debe verificarse si dicho requisito para su eficacia se cumplió o no (CSJ SL142-2018, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 reiteradas recientemente en CSJ 2208-2021)."¹ Subrayado fuera de texto

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, M.P. 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."

¹ SL1055-2022 M.P. IVAN MAURICIO LENIS GÓMEZ

SUBREGLAS PROCEDENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL, ANTE INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN POR LOS FONDOS PRIVADOS (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL17595-2017, sentencia de 3 de abril de 2019, radicación 68852, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO):

En cuanto a este aspecto, nuestro Órgano de Cierre, expone una serie de subreglas que respaldan la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ante la falta de prueba que acredite el cumplimiento del deber de información por los fondos privados de pensiones, *entre otras, contempla que:*

“(...) el deber de información consagra cada vez más un mayor nivel de exigencia, es así como identificó tres etapas, conforme a las normas que han regulado el tema, las cuales clasifica en tres periodos a saber: i) desde 1993 hasta 2009; ii) desde de 2009 hasta 2014 y, iii) de 2014 en adelante. (...)”. De acuerdo con ello, expone el avance y desarrollo de la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones de suministrar información necesaria y transparente, de asesoría, buen consejo y doble asesoría.

Precisó que antes de surtirse el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, la administradora privada de pensiones tiene el deber de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, entre ellas, la pérdida del régimen de transición.

Aclaró que “ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”.

La sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. En el caso de los afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, “(...) esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (...)”

De otro lado, (...) La Corte en la sentencia CSJ SL5630-2019, entre otras, determinó en qué casos existe ineficacia en la afiliación, precisando que tal figura opera cuando quiera que:

i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”

5.4. DEL CASO EN CONCRETO.

Preliminarmente se precisa que pretende la demandante la declaratoria de ineficacia de la afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A., para regresar al Régimen de Prima Media administrado actualmente por COLPENSIONES, por lo que resulta imperioso estudiar cuáles son los eventos bajo los cuáles, puede acaecer el cambio de régimen pensional, de acuerdo a los parámetros constitucionales, jurisprudenciales y legales previamente descritos, siendo los siguientes:

1. *En cualquier tiempo, cada 5 años y siempre y cuando no le falte 10 o menos para alcanzar la edad de pensión.*

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 en cualquier tiempo.*

3. *En cualquier tiempo, si la información proporcionada para la afiliación no fue veraz y suficiente. Este criterio fue desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en aplicación de normas de carácter civil, y de la seguridad social, criterio que pasara a verificarse en el caso del demandante.*

Ahora bien, para determinar si el fondo privado demandado cumplió con el deber de información, resulta pertinente rememorar la línea jurisprudencial desarrollada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencias anteriormente citadas, en concordancia con el artículo 1604 del C.C., ha establecido que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y, a cuyo cargo estaba el deber de suministrar la información suficiente y completa al afiliado, acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

Así pues, la negligencia en que eventualmente incurren las administradoras de pensiones, al no suministrar la información adecuada y precisa al afiliado, recae en la ineficacia del acto, dado que con la omisión o la defectuosa información se ha inducido en error al afectado.

Valga decir, que en curso del proceso la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. no cumplió con la carga que se le impone, tal como lo determinó la A-quo, esto es, acreditar haber transmitido a la parte actora la información concreta y cierta, bajo el principio de la transparencia que se impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, como lo es 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.

Téngase en cuenta que, con relación a la evolución normativa del deber de información en este tipo de procesos, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1688-2019, del ocho (08) de mayo de dos mil diecinueve (2019), Rad. No. 68838, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, sintetizó:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3. °, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. ° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Bajo esa misma óptica, cada AFP tendría que haber dado la siguiente información al demandante: i) dependiendo del capital, si podía pensionarse anticipadamente, esto es, antes de la edad mínima para la pensión de vejez. ii) la posibilidad para sus herederos de hacerse a la devolución de saldos, en caso de que no existieran beneficiarios para la pensión de sobrevivientes. iii) la devolución total del saldo en caso de no alcanzar a reunir el total de los requisitos legales para optar al beneficio pensional. iv) tener la posibilidad de la pensión de vejez habiendo cotizado el mínimo de semanas requeridas a pesar de no reunir el capital suficiente para el financiamiento de la prestación económica. v) la posibilidad de que el reconocimiento de la pensión de vejez, una vez reunido los requisitos, se realice pronto. vi) la posibilidad de que sus aportes se conviertan en patrimonio sucesoral. vii) el hecho de que el afiliado es el único titular de la cuenta de ahorro individual en oposición con el fondo público cuyos ahorros hacen parte de un fondo común. viii) los rendimientos financieros que le generen sus aportes abonados sobre el saldo de su cuenta de ahorro individual; y, ix) la posibilidad de seleccionar entre varias modalidades de pensión, cuya ilustración resultaba vital, pues debió advertírsele en qué consistía cada una de ellas.

Como fundamento de las pretensiones alegó la demandante, que, al momento de la afiliación a PORVENIR S.A. no le suministró información sobre las consecuencias de dejar el régimen de prima media para trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad; a fin de ilustrar las diferentes alternativas con los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional.

Luego, correspondía a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. demostrar que cumplió con el deber de información y asesoría, dando a conocer la información completa y comprensible a la demandante, orientándolo sobre las consecuencias de la elección del régimen pensional, con la ilustración suficiente de las diferentes alternativas, con sus beneficios y desventajas, que le hubieran permitido conocer el verdadero alcance de su decisión. De lo cual no existe en el plenario prueba de que la demandante fuera informada sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, pues debe recordarse que en estos casos opera una inversión de la carga de la prueba en favor de aquella, en la medida que cuando el afiliado alega que no recibió la información debida, se trata de un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca, de ahí que quien deba acreditar tal cosa sea quien tenía el deber de dar la información, esto es, las administradoras de fondos de pensiones.

De lo anterior deviene que PORVENIR S.A., no acreditó haber cumplido con el deber que en su momento le asistía, esto es, brindar a la parte demandante, la debida información, de ahí que las afirmaciones realizadas en la contestación de la demanda, se queden en meros dichos, recalando que no se ha puesto en duda la buena fe de la sociedad demandada, sino tan sólo la omisión del cumplimiento de un deber legal que le asistía, pues no basta con las aseveraciones realizadas a través del escrito de contestación de la demanda, para acreditar el consentimiento informado que se surtió respecto de la parte demandante, así como que tampoco es suficiente el argumento

correspondiente a la suscripción del formulario por parte de la parte hoy accionante, tal como lo ha determinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia², pues ello no basta para dar por demostrado el deber de información adecuada y veraz, en tanto dichas expresiones al tenor de lo señalado por la Corte son genéricas que, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, ni del formulario de afiliación, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información que le asistió a la AFP, sin que tampoco exista prueba en el expediente que acredite que la asimetría en la información que se produjo al momento de suscribir el traslado, dejó de prolongarse con el paso de los años, toda vez que lo importante es que durante ese periodo en el que los afiliados permanecen en el RAIS desaparezca por completo esa asimetría en la información que nace con el acto jurídico que materializa el cambio de régimen pensional, lo cual no acaeció en el presente asunto.

Valga decir, que ha sostenido la Corte que: *“no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.”* (SL1055-2022).

Por lo expuesto, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual la parte demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el dos (02) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996), el cual se hizo efectivo a partir del dos (02) de febrero del mismo año, según consta en formato SIAFP, allegado por la demandada (folio 177), por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez.

Así las cosas, el cambio del régimen debía estar precedido de una ilustración al usuario en el cual expusiera en forma veraz y detallada, las ventajas y desventajas en cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias del traslado, lo que sin lugar a dudas no se encuentra acreditado en el expediente y, por tanto, resulta ineficaz el traslado que realizara la señora DAYSI ELIZABETH DE LUQUE ATENCIO, tal como lo señaló la funcionaria de primera instancia.

Oportuno resulta mencionar que, según lo estipulado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, uno de los efectos de la ineficacia es que justamente las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido y, en este caso, dicha declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, conlleva al regreso automático de la parte demandante al Régimen de Prima Media hoy administrado por COLPENSIONES. Además, lo aquí analizado no es el traslado voluntario con la conservación o no del régimen de transición, sino el efecto de la ineficacia del cambio de régimen pensional a falta de información detallada y completa al momento del traslado de régimen.

Se itera, que el fondo privado deberá trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantías de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto

² CSJ Sentencia SL4964-2018

ineficaz, estos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

En lo que respecta a las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado ha indicado la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL1421 de 2019, Rad. 56174, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, decantó:

“Devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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.”

Dicha postura fue reiterada en la sentencia SL 2611 del primero (01) de julio de dos mil veinte (2020), también con Ponencia del Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA en la que se reafirma que, por cuenta de la ineficacia, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de ocurrir el traslado de régimen. Señaló:

“Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, lo cual trae como consecuencia, que la accionante jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que Colfondos S.A. deberá devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, aspecto sobre el cual ya la Sala se ha pronunciado en oportunidades anteriores, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL17595-2017, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989...”

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

De ahí que los argumentos expuestos por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, no tengan prosperidad, pues conforme con las argumentaciones precedentes, si bien la afiliada tuvo la oportunidad para trasladarse cuando aún le faltaban más de 10 años para cumplir la edad de pensión, lo cierto es que debido a la falta de información clara y veraz, no pudo conocer las ventajas y desventajas del traslado de régimen; lo que impidió que ejerciera tales actuaciones, aun cuando contaba con libertad de afiliación, como lo señaló la administradora.

Ahora bien, en cuanto lo argumentado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., tales manifestaciones quedaron resueltas con las consideraciones que preceden, sin embargo, se itera que se condena a la devolución de rendimientos

y cuotas de administración, por cuanto la conducta omisiva de las Administradoras del Fondo de Pensiones necesariamente conlleva el regreso del capital que contenga los frutos, intereses, incluidos los rendimientos que se hubiesen generado, tal como lo ha dejado sentado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias citadas en las líneas que anteceden.

Finalmente, en lo que respecta a la inconformidad por la condena en costas, invocada por PORVENIR S.A., tal argumento tampoco tiene vocación de prosperidad, por cuanto según lo prescribe el artículo 365 del C.G.P., en los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena se impondrá a la parte vencida en el proceso, así pues, encuentra esta Sala que la recurrente se opuso a las pretensiones de la demanda, por lo cual no es posible modificar la condena apelada, en tanto, resultó vencida dentro del proceso. En consecuencia, si bien la demandada pudo allanarse a la demanda, lo cierto es que como se dijo, se opuso a ello, por lo cual, resulta válida la condena impuesta.

Basta anotar que frente al CAJA DE PREVISIÓN DEPARTAMENTAL EN LIQUIDACIÓN – DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA-, no se impuso ninguna obligación en la sentencia de primera instancia, pues las órdenes impartidas fueron respecto de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., luego no requiere pronunciamiento adicional.

6. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

En lo que atañe al grado jurisdiccional de consulta, se entiende agotado con el estudio precedente.

7. COSTAS

Conforme a lo expuesto, no tienen razón los reparos formulados por COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., en suma, resulta acertada la declaratoria de ineficacia del traslado, por ende, se confirmará la sentencia apelada y consultada.

Costas a cargo de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. ante la falta de prosperidad del recurso interpuesto; fíjense como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente a su cargo y a favor de la parte demandante, suma que deberá ser liquidada por el juez de primera instancia al realizar la liquidación concentrada de costas, conforme lo contempla el artículo 366 del C.G.P.

8. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida el veintiséis (26) de abril de dos mil veintitrés (2023) por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, en el proceso ordinario laboral promovido por **DAYSÍ ELIZABETH DE LUQUE ATENCIO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y la **CAJA DE PREVISIÓN DEPARTAMENTAL EN LIQUIDACIÓN –DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA-** conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho a favor de la parte demandante el equivalente a

medio salario mínimo legal mensual vigente a cada una de ellos, sumas que deberán ser tenidas en cuenta por el juzgado de origen al momento de elaborar la liquidación concentrada de costas, conforme a los artículos 365 y 366 del C.G.P. y el Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

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

NOTIFÍQUESE, para tal objeto remítase a la Secretaria General de este Tribunal.

LUIS ROBERTO ORTIZ ARCINIEGAS
Magistrado Ponente

HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES
Magistrado

(Ausente de la Sala con Permiso)
PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada

Firmado Por:

Luis Roberto Ortiz Arciniegas
Magistrado
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Riohacha - La Guajira

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

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

Código de verificación: **ef032236ddc54f487fedf43181e03d1d86d96b8d64e6e9f2cc23bc7be82b8acb**

Documento generado en 24/11/2023 12:28:43 PM

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