



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

Riohacha, dieciocho (18) de diciembre 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:	LUZ MARINA ARCINIEGAS PÉREZ
DEMANDADOS:	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - BANCO DE BOGOTÁ.
JUZGADO DE ORIGEN:	JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE RIOHACHA, LA GUAJIRA
TEMA:	INEFICACIA DE AFILIACIÓN A AFP
RADICACIÓN:	44-001-31-05-001-2022-00037-01

Discutido y aprobado en Sala Según **Acta No. 076** de dieciocho (18) de diciembre 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 mayo 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.

LUZ MARINA ARCINIEGAS PÉREZ 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 treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos sesenta y uno (1961) y al momento de presentación de la demanda, contaba con 60 años de edad.

Que empezó a cotizar en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –ISS-, hoy COLPENSIONES, a partir del primero de enero de mil novecientos ochenta y uno (1981), hasta el treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Que el primero (01) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999) se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al fondo de pensiones PORVENIR S.A., cambio que manifiesta ocurrió por intermedio de la funcionaria DINA ROSA quién le ofreció a la accionante que toda la información referente a su situación laboral iba estar organizada y disponible, caso contrario a lo que ocurriría con el ISS.

Que la asesora comercial o vendedora no se suministró información clara, concreta, real, seria, concisa y detallada del mejor plan de pensión y las consecuencias del traslado de régimen omitiendo información.

1.2. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA.

Admitida la demanda con auto del ocho (08) de junio de dos mil veintidós (2022), se ordenó notificar a las demandadas y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

1.2.1. BANCO DE BOGOTÁ S.A:

Mediante apoderado judicial se opone a la prosperidad de las pretensiones y solicita ser absuelta de los cargos que puedan derivar de una condena, teniendo en cuenta que entre la demandante y el Banco del Comercio existió un contrato de aprendizaje SENA del primero de julio de 1980 al 15 de julio de 1981 y un contrato laboral entre el 16 de julio de 1981 y el 8 de enero de 1986 y que la demandante le está solicitando una información respecto las afiliaciones y cotizaciones, pero que muy a pesar de haber realizado la búsqueda de estos documentos el Banco de Bogotá no cuenta con la información, toda vez que el Banco de Bogotá y el Banco del Comercio se fusionaron hace más de 40 años y que asimismo, esta no se encuentra en obligación de conservar esta información, puesto que esta obligación recae en las entidades encargadas de asumir los riesgos de invalidez, vejez y muerte por ser quien recibe el pago de los aportes.

Indica que tratándose de la información laboral de los trabajadores que deben conservar los empleadores, el Ministerio de Protección Social, mediante concepto No. 266558 del 6 de septiembre de 2018 señaló, que al no existir normatividad expresa sobre la conservación de la información laboral, por analogía debe acudir a la norma que regula la materia de manera general, esto es el artículo 28 de la Ley 962 de 2005, que establece que deben conservarse por 10 años y luego podrán destruirse, sin obligación adicional de conservarlos en otros medios.

Por último, arguye que COLPENSIONES una vez la demandante le hace el reclamo sobre la actualización laboral, esa Entidad no inició el trámite para la búsqueda de dicha información, limitándose a descargar tal responsabilidad.

Por lo anterior, formuló las excepciones de INEXISTENCIA DE OBLIGACIONES, BUENA FE, GENÉRICAS, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, CARENCIA DE RESPALDO NORMATIVO Y PRESCRIPCIÓN.

Es de anotar que frente a esta accionada, en el trascurso de la diligencia de que trata el artículo 77 del Código de Procedimiento Laboral y la seguridad social, por solicitud de la parte actora y del apoderado del Banco de Bogotá, la funcionaria de primera instancia decide acceder al desistimiento de la vinculación de esta entidad en este proceso, al no corresponder los hechos

y pretensiones de la demanda con lo que se persigue en este proceso, esto es, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado entre regímenes por parte de la actora.

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

Contestó la demanda a través de apoderado judicial, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones; afirmó que la vinculación de la demandante con la AFP se efectuó el diez (10) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999), y fue producto de la decisión libre, espontánea e informada de conformidad con el literal E del artículo 13 de la ley de 1993, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT.

Que siempre garantizó el derecho de retracto, que ordenar el traslado de los gastos de administración a COLPENSIONES configura enriquecimiento ilícito a favor de esta por no existir normatividad que disponga tal devolución para lo que trae a colación lo dispuesto por el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993.

Que la actora pretende se declare la nulidad absoluta del acto sin acreditar las eventualidades de las que trata el artículo 1741 del código civil, y al alegar la actora, vicio en el consentimiento, y a falta de esta acreditación, solo podría alegarse la nulidad relativa del acto que es susceptible de ratificación, la cual ha operado en el transcurso de la construcción de la prestación pensional durante 23 años.

Formuló como excepciones las de; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; COMPENSACIÓN y la GENÉRICA.

1.2.3. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES:

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que no existe responsabilidad por parte de COLPENSIONES en la decisión del afiliado del traslado de régimen.

Indicó que el artículo 36 de la ley 100 de 1993 respecto al traslado de régimen, estableció en su inciso cuarto *“Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta(40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen”*.

Afirmó que la administradora no tiene fundamento alguno para impedir que los afiliados, en ejercicio de sus derechos fundamentales, soliciten el cambio de régimen, y en cuyo caso, se presume que dicha solicitud es espontánea y debida a un minucioso estudio hecho por el afiliado.

Manifestó que dado a que la actora nació el 31 de agosto de 1961 y cuenta con 60 años a la fecha de la presentación de la demanda, no es posible el traslado entre regímenes, ya que aceptar el traslado iría en contra de lo dispuesto por el artículo 2, literal e, de la Ley 792 de 2003 que establece, *“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada (05) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”*.

Finalmente propuso las excepciones de INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN; COBRO DE

LO NO DEBIDO; FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR; BUENA FE; e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.

Con auto del dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023), 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 íbidem.

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 mayo 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 LUZ MARINA ARCINIEGA PÉREZ, hizo del ISS hoy Colpensiones a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a Porvenir S.A que en el término improrrogable de tres meses proceda trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor junto con el rendimiento que se hubiere causado durante el tiempo que estuvo afiliada a dicho fondo.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones realizar la afiliación de la señora LUZ MARINA ARCINIEGA PÉREZ al régimen de prima media con prestación definida y a recibir los aportes que serán trasladados por Porvenir, esto es no sólo el ahorro efectuado sino también sus rendimientos.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas a Porvenir de las que se pasan las agencias en derecho en la suma de cuatro salarios y legales mensuales, vigentes.

SEXTO: La presente decisión será consultada con el superior por haber sido adversa a Colpensiones.”

Planteó como problema jurídico: “si se debe declarar la nulidad de la afiliación de la demandante a Porvenir por existir vicio en el consentimiento y si en consecuencia se debe ordenar a Colpensiones que acepte a la actora como su afiliada, recibiendo todos los aportes por ella realizados 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:

“(…) Su señoría, por parte de Colpensiones, nos permitimos interponer recursos de apelación, a fin que sea concedido por el despacho y que el honorable Tribunal del Distrito Judicial de Riohacha se sirva revocar la sentencia de instancia por las siguientes consideraciones:

Lo primero es lo relacionado con lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 del 93, el cual establece una prohibición para trasladarse de régimen, esta norma, en comento, establece que el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le hacen falta 10 años o menos para cumplir con edad para tener derecho a la pensión de vejez y como quiera que la señora Luz Marina se encuentra dentro de este caso, no es posible ordenar la ineficacia del traslado y por ende reconocer la solicitud porque se estaría quebrantando disposiciones del orden legal.

Otro punto que se tiene que tener en cuenta hace referencia al contrato que suscribió con Porvenir al momento de realizar el traslado, tenemos que este acto traslado, constituye como tal un contrato que se tiene que entrar a analizar de conformidad con lo establecido pues en el Código Civil, quien establece cuáles son los elementos o los requisitos para obligarse.

Conforme a los cuatro requisitos que establece la norma, tenemos que cada uno se dio, porque la señora Luz Marina era una persona legalmente capaz, ella consintió en dicho acto declaración como quiera que de forma voluntaria decidió llenar el formulario de afiliación, por otra parte su consentimiento no adoleció de vicio porque en esa oportunidad le brindaron información que ella requería para trasladarse al fondo Porvenir.

Ahora, ella lo que se encuentra es inconforme por el monto que va a recibir pero en esa oportunidad la obligación de información y hacer proyecciones no se encontraba prevista como quiera que surgió con la expedición de la ley 17 48 del 2014 el cual, por lo tanto no puede aplicarse la ley de forma retroactiva queriendo imponer obligaciones a cargo de las administradora de fondo de pensión Porvenir, que la información tenía que ser detallada y hacer proyecciones, además de eso vemos que esas proyecciones vienen siendo unas meras expectativas por cuanto la pensión en Porvenir esta varía dependiendo de varios factores y por lo tanto no se puede asegurarle a la persona el monto de su pensión definitiva, porque esto varía dependiendo si la persona hace además aportes voluntarios de los rendimientos financieros del tipo de régimen pues que escoja y es por ese motivo que no se le puede dar pues a la persona una precisión de su fondo, del valor de su pensión, perdón.

Por otra parte, vemos que no existió un vicio en el consentimiento porque esa información se vio plasmada en el formulario cuando dentro del formulario de manera expresa manifiesta que recibió la información necesaria.

Por otra parte, tenemos que tener en cuenta que con el problema jurídico planteado el cual se basa en la nulidad del traslado, esta nulidad del traslado ha de entenderse como un vicio en el consentimiento que conformidad con el artículo 1741 es una nulidad relativa y por lo tanto lo que procede es la acción de rescisión, no la ineficacia del traslado, por ende no se podría decretar a favor las pretensiones de la demanda, además porque los plazos para interponer la acción de rescisión se encuentran

fenecidos como quiera que el mismo artículo 1750 establece un término de cuatro años cuando se da el caso de error o dolo desde el día en que se celebra el acto o contrato y como fue celebrado el 10 de agosto del 99 feneció dicho plazo.

Por otra parte es importante traer a colación el pronunciamiento del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, magistrado ponente doctora Olga Lucia Hoyos Muñoz dentro de la Corte Suprema, radicado 6600131005003201800113301 el cual señala, abro comía, “No obstante tal entendimiento de la norma jurídica invocada por la Corte Suprema no se comparte por la sala mayoritaria de esta colegiatura tal como se ha advertido a partir de las aclaraciones de voto de unos integrantes en tanto que la acción a incoar en realidad corresponde a la resarcitoria de perjuicio, ahora la posición ya descrita de ninguna manera deja al garete a los afiliados que se trasladaron de régimen debido a la omisión del deber de información de la AFP y que ahora por lo general 20 años después reclaman ante la administración de justicia no porque se encuentran inconforme con los beneficios del RAIS, sino porque el valor de la mesada pensional esperada no es lo suficientemente alto como desean para vivir durante su ancianidad en contraste con lo que recibirían de haber permanecido acogido al régimen de prima media. Para remediar tal en conformidad del legislador contempló una acción diferente como ese resarcimiento de perjuicios, prescrito en el artículo décimo del decreto 720 del 94 y puesto de este modo las cosas y el supuesto de hecho puesto en las demandas se encuentra dirigida a probar que el prometo que el promotor, perdón, de la AFP omitió o erró en la información otorgada para que el trabajador pudiese elegir a cual régimen pensional quería permanecer y este le ocasionó un perjuicio por el valor de la mesada que será otorgada en el RAIS, entonces la acción a emprender no es la ineficacia de la afiliación sino la de resarcimiento de perjuicio sin a través de ésta se permita la nueva elección de régimen pensional o retorno al anterior que es la consecuencia de salir avante la ineficacia que por el principio legalidad no puede extenderse a esto su puesto fáctico” cierro comilla.

Teniendo en cuenta las normas jurídicas expuestas y también esta jurisprudencia traída a colación, la demanda pues no debe prosperar y por ende la sentencia debe ser revocada en su integridad, toda vez que se demostró que el asesor de Porvenir en su época vinculó de manera correcta a la demandante respetando las normas jurídicas vigentes para dicho momento y solicitar el traslado simplemente porque la demandante actualmente tiene la posibilidad de pensionarse en Colpensiones con ingresos más altos que en el fondo privado no es óbice de para solicitar la nulidad, máximo cuando se resalta que la doctor cuenta con menos de 10 años para pensionarse y una motivación más para negar este traslado pensional. En estos términos o señoría doy por concluido los alegatos de recurso de apelación.”

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

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

“(…)De la misma forma, proceso a interponer recursos de apelación para que sea el tribunal superior de la sala laboral revoque la decisión aquí tomada y absuelva a mí representado, de todo y cada una de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que el código civil ha determinado que los vicios del consentimiento son el error, la fuerza y el dolo y en este caso en particular, en que la parte demandante afirma, ser inducida de esta manera al error al afiliado, hay que resaltar que entre ambos régimen existen diferencias para calcular y limitar la pensión, y por ende, ambos pueden coexistir y en el sistema general de la seguridad social por lo que no es posible, equiparar cuál de los dos contiene condiciones o está uno sobre el otro, de igual manera, frente a los rendimientos y cuotas de administración es preciso indicar que lo que respecta a la devolución de estos son los emolumentos, no debe perderse de vista que las administradoras de fondos de pensiones y cesantías son entidades especializadas y legalmente autorizadas para administrar los ahorros de las pensiones de los trabajadores y gestionar el pago de prestaciones y beneficios que la misma ley establece.

Dicho lo anterior, la rentabilidad generada en las cuentas de ahorro individual se debe a la buena ejecución de la función en cabeza de la AFP, es decir, gracias al gestión que esta ha realizado durante el tiempo este porcentaje o este valor presente en las cuentas de ahorro individual de la afiliado ha incrementado, lo que no hubiese sido posible si se hubiese encontrado cotizando desde primera medida en el régimen de primera medida con prestación definida.

Por lo que necesitaría es saltar que la misma superintendencia financiera de Colombia, emitió un concepto emitido el 17 de enero del año 2020, indica a forma expresa que al momento de proceder una nulidad e ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de la afiliado sin que proceda la devolución de la cuota de seguro provisional en consideración que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la financiera de la póliza, tampoco la comisión de la administración, ya que no existe norma que exponga tal disposición, pues siendo de forma clara y sin duda a interpretaciones diferentes el artículo 113, el literal B, la ley 100 de la año 93, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio del régimen, lo que evidencia que no están destinado a financiar la prestación de la afiliado y, por ende no le pertenecen a él, sino a el fondo privado como una contra presentación de la gestión adelantada para aumentar el monto ahorrado.

Con respecto a la condena en costas, es claro que Porvenir con el deber que se encuentra en cabeza de ella por disposición normativa y jurisprudencial, jamás existió una omisión de la información como tampoco una indebida asesoría, pues siendo la parte actora una persona legalmente capaz se entiende que podía sopesar los argumentos manifestados por los asesores de la AFP para determinar si le convenía o no tomar la decisión de trasladarse en primera medida, por lo que Porvenir siempre ha actuado de buena fe y acorde a derecho de la normativa vigente que se encontraba durante todo el tiempo, durante el tiempo que se afilió y durante todo el tiempo que ha estado afiliado con la entidad.

En este sentido dejo por sentado mi curso de apelación para que sea el tribunal superior de la jurisdicción, revoque la decisión y absuelva a mi representada, muchas gracias.”

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA.

Con auto del veintinueve (29) de agosto 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 mayo 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 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 autentico 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. PARTE DEMANDANTE – LUZ MARINA ARCINIEGAS PÉREZ.

Solicitó la confirmación de la sentencia en todas sus partes y la condena en costa de la parte recurrente.

4.3. 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 esta dijo que la improcedencia del mismo es clara, pues al momento de solicitar la ineficacia del traslado la actora se encontraba a menos de 10 años de adquirir el derecho de pensión, de igual forma 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.

Así mismo, aseguró que el actor 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 contaba con la prohibición legal establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Respecto del vicio de consentimiento, luego de explicarse sobre los artículos 1741, 1750 y el artículo 10 del decreto 720 de 1994, manifestó que el demandante no logró probar vicio del consentimiento que invalidara su voluntad, toda vez que Colfondos en atención al carácter no retrospectivo de la ley laboral, actuó conforme a la normatividad de la época, no es hasta la expedición del decreto 2255 de 2010, el decreto 2031 de 2015 y la ley 1780 de 2015 que las AFP adquirieron la obligación de información tanto como para los afiliados, como para el público general, así mismo indica, que tampoco existía la asesoría en los términos de la circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

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 LUZ MARINA ARCINIEGAS PÉREZ 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 suple 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.”

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 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 (…)”

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

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. ° 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 perjudicarlo
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 negativas de dejar el régimen de prima media para trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad; pues únicamente se le ofreció la posibilidad de obtener mejores garantías y mejor rentabilidad en la liquidación de su mesada 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, recalcando 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 asistía 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

² CSJ Sentencia SL4964-2018

de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A. el diez (10) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999), el cual se hizo efectivo a partir del primero (01) de octubre del mismo año, según consta en formato SIAFP, allegado por la demandada (folio 211), 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 LUZ MARINA ARCINIEGAS PÉREZ, 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 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 COLPENSIONES, en lo correspondiente al pronunciamiento que ha esgrimido el Tribunal Superior de Pereira, en cuanto a que la acción que ha debido perseguirse en el presente asunto es la de indemnización de perjuicios, se dirá que al respecto ya ha emitido pronunciamiento la Corte, entre otras a través de la sentencia SL 1365-2022, Rad. No. 88040 del veinte (20) de abril de dos mil veintidós (2022) M.P. DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ, a través de la cual señaló:

“(…) Así las cosas, el problema traído a sede extraordinaria apunta a dilucidar si el Tribunal incurrió en el desafuero jurídico endilgado, al considerar que para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional lo correcto era adelantar la acción de resarcimiento de perjuicios regulada en el art. 10 del Decreto 720 de 1994, tesis que conllevó que no resolviera de fondo la controversia, bajo la égida de los arts. 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

(…) Así las cosas, es evidente que lo expuesto por el Tribunal no se cimentó sobre argumentos persuasivos que se estructuraran desde la óptica social y en principios constitucionales y legales que gobiernan el derecho laboral y la seguridad social, mismos que han llevado a la construcción de la línea jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado del régimen pensional.

De tal manera que no le resultaba válido al colegiado soslayar el precedente reiterado y pacífico de esta Corporación, pues lo cierto es que acudir al art. 10 del Decreto 720 de 1994 para dar solución al caso resultó un verdadero desatino.

Como se dijo en la sentencia reseñada, se equivocó el juez grupal al sostener que lo previsto en el art. 271 de la Ley 100 de 1993 está dirigido únicamente a los empleadores, pues el derecho a afiliarse o seleccionar el régimen pensional, también se menoscaba cuando las administradoras de pensiones incumplen la obligación de obtener un verdadero consentimiento informado por parte del afiliado, cuya consecuencia es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, tal como lo consagra de manera expresa esa normativa cuando refiere que «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en

cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto» (subrayas fuera del texto).

Cumple agregar lo acotado en proveído CSJ SL655-2022, que en punto a las condenas contra Colpensiones, se indicó:

Comentario aparte merece la afirmación del juez colectivo y fustigada por la censura, en el sentido de que sobre Colpensiones se ha impuesto una responsabilidad patrimonial «resarcitoria de perjuicios», derivada de la declaratoria de ineficacia de los traslados del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, lo cual generaría violación del artículo 90 Superior y de los artículos 2341 y 2343 del Código Civil, en tanto dicha entidad cuenta con garantía de la Nación para el pago de las prestaciones económicas que reconozca.

Importa resaltar que la fuente constitucional para tales declaratorias, cuando ellas sean procedentes, resulta ser el artículo 48 de la CP que garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, y las órdenes emitidas frente a Colpensiones en el sentido de activar la afiliación, percibir las sumas trasladadas por la AFP y tener por vinculado al afiliado como si nunca se hubiese separado del RPM, no son condenas a título de indemnización o de resarcimiento de perjuicios, como equivocadamente pareciera entenderlo el Tribunal, sino que responden a ese derecho irrenunciable a la seguridad social ya mencionado, que se enfoca en que la persona obtenga una cobertura en los riesgos de IVM en el régimen en el cual se le tenga por válidamente afiliado, derivada del fruto de su trabajo y reflejada en los tiempos servidos o en las cotizaciones efectuadas al sistema.

En virtud de las explicaciones de esta Corporación en las sentencias aludidas, es claro que, el colegiado debió examinar si la actuación de la administradora privada dispensó la asesoría necesaria con el fin de que la afiliada tomara una decisión informada. En repetidas oportunidades se ha indicado que la elección del régimen pensional debe ser libre, voluntaria y precedida de una orientación clara y veraz sobre las ventajas o desventajas del cambio de régimen, entre muchas sentencias, en la CSJ SL373-2021, se dijo:

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).

Así las cosas, emerge evidente la equivocación del Tribunal en su forma de abordar y resolver el problema planteado, lo que conllevó que revocara la sentencia condenatoria del a quo, para en su lugar absolver a las demandadas de todas las pretensiones. Es por ello, que su decisión debe ser quebrantada.”

De lo anterior deviene que tampoco le asiste razón al apoderado de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, en cuanto al argumento previamente relacionado, por tanto, nuestro Órgano de Cierre ya se pronunció al respecto, reiterando el criterio relativo a que no es correcta tal interpretación.

Ahora, 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.

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 mayo de dos mil veintitrés (2023) por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, en el proceso ordinario laboral promovido por **LUZ MARINA ARCINIEGAS PÉREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, 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 JÉSUS CALDERÓN RAUDALES
Magistrado

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

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

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

Código de verificación: **21cd7eb575d04dbc2addb4605f4b41b3206e6a01e429867a3075e726dd4f1603**

Documento generado en 18/12/2023 06:01:24 PM

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