

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

SENTENCIA LABORAL.

Primero (01) de Junio de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado mediante acta N° 102 del 01 de junio de 2023.

RAD: 20001-31-05-001-2020-00171-01 Proceso ordinario laboral promovido por CARMEN DALIS ARGOTE SOLANO contra COLPENSIONES y PORVENIR.

1.OBJETO DE LA SALA.

En aplicación de la ley 2213 del 13 de junio del 2022, en su artículo 15, la Sala Tercera Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, Cesar, integrada por los Magistrados **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA, JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ y JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH** quien la preside como ponente, procede a decidir sobre el recurso de apelación incoado por el accionado PORVENIR contra la sentencia proferida 02 de diciembre del 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Distrito Judicial de Valledupar, dentro del proceso de la referencia.

2. ANTECEDENTES.

2.1. DEMANDA Y CONTESTACIÓN.

2.2. HECHOS.

2.2.1. Preciso la actora que nació el 18 de noviembre de 1959, que en el año 1991 se afilió al ISS cuando entró a laborar en la rama judicial, que hasta el día 05 de julio del 2005 estuvo afiliada al ISS, hoy COLPENSIONES, toda vez que firmó el traslado a la administradora de pensiones PORVENIR S.A.

2.2.2. Manifestó que el asesor comercial de PORVENIR S.A., diligenció el formulario para su traslado, pero que no le brindó información completa y

comprensible para ilustrarle sobre las ventajas y desventajas que le ocasionaría cambiarse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, sostuvo que el asesor de PORVENIR S.A., tampoco él informó sobre el monto de capital de aportes a pensión que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para acceder a la pensión de vejez, así mismo expresó que tampoco le suministró información alguna sobre la proyección del monto de la mesada pensional por vejez que podría obtener en dicho régimen

2.2.3. Que todas esas irregularidades le hicieron incurrir en error, así mismo manifestó que la administradora PORVENIR S.A., no cumplió con el consentimiento informado y que eso afecta de manera grave las condiciones de sí misma, por lo que debe declararse la ineficacia del traslado.

2.2.4. Que el día 03 de marzo de 2020 radicó escrito solicitando a COLPENSIONES que se tuviera como única afiliación válida la efectuada ante esa entidad, alegando que existió engaño y falta de información por parte de PORVENIR., a través de comunicado de 04 de marzo de 2020 COLPENSIONES manifestó que cumplía con los requisitos para realizar el traslado, que el 05 de junio de 2020 mediante derecho de petición solicitó a COLPENSIONES que realizara el traslado del RAIS al RPM, conforme al comunicado del 04 de marzo del 2020.

2.2.5. Preciso que el 09 de junio de 2020 COLPENSIONES le solicitó para proceder a la solicitud de traslado, que, mediante comunicado del 10 de julio del 2020, le manifestó a COLPENSIONES la imposibilidad de aportar el formulario de afiliación, porque no estaba en su poder, sino que reposaba en la base de datos de la administradora de pensiones.

2.3. PRETENSIONES.

2.3.1. Que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por el ISS, hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorros Individual con Solidaridad Administrado por PORVENIR S.A. realizado el 05 de julio del 2005, así mismo que se declare que los agentes promotores de PORVENIR S.A., nunca le proporcionaron una información completa y comprensible sobre las consecuencias negativas de su traslado de régimen.

2.3.2. Que se declare que la única afiliación válida que ha tenido la actora es la que ha tenido frente a COLPENSIONES, que se declare que conforme a la conducta omisiva de brindar información y asesoría de la administradora del fondo privado PORVENIR S.A., y que lleva a la nulidad de la vinculación y de traslado de la actora, debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son la merma sufrida en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez.

2.3.3. Que se declare que PORVENIR S.A. debe devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la señora CARMEN DALIS ARGOTE SOLANO, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con su frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del código civil.

2.3.4. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta individual de la señora CARMEN DALIS ARGOTE SOLANO con todos sus frutos e intereses, incluyendo cotizaciones obligatorias, cotizaciones voluntarias y rendimientos financieros.

2.3.5. Que se ordene a COLPENSIONES a recibir a PORVENIR S.A., todo el capital acumulado en la cuenta individual de ahorro pensional de la señora CARMEN DALIS ARGOTE SOLANO con sus respectivos intereses de acuerdo a la rentabilidad obtenida al momento del traslado, que se condene a las demandadas extra y ultrapetita, costas y agencias en derecho.

2.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.4.1. COLPENSIONES.

2.4.1.1 Sobre los hechos precisó no constarle, salvo aquellos en donde sostuvo la accionada que es cierto que la demandante solicitó el 01 de junio de 2020 a COLPENSIONES el traslado del RAIS al RPM, y aquel relacionado con que no ha respondido la petición, alegando que está a la espera que la actora diligencia formulario de afiliación y aportar copia de la cedula con el fin de constatar si procede o no el traslado de Régimen.

2.4.1.2 Con relación a las pretensiones se opuso a todas y cada una de ellas, manifestando que carecen de fundamentos facticos y legales, proponiendo en su defensa las siguientes excepciones *“Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, innominada o genérica”*.

2.4.2. PORVENIR S.A.

2.4.2.1. Manifestó no constarle todos los hechos.

2.4.2.2. Se opuso a la totalidad de las condenas, y en su defensa propuso las siguientes excepciones *“Prescripción, Buena Fe, Inexistencia de la obligación, Compensación, Excepción genérica”*.

2.5. SETENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

En providencia del 02 de diciembre del 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, declaró la ineficacia del traslado del Régimen de Prima

Media al Régimen de Ahorro Individual, de la señora CARMEN DALIS ARGOTE SOLANO a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A., que como consecuencia PORVENIR S.A., deberá entregar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación de CARMEN DALIS ARGOTE SOLANO, como cotizaciones, bonos pensionales sumas adicionales con todos sus frutos e intereses.

2.5.1. PROBLEMA JURÍDICO ABORDADO EN PRIMERA INSTANCIA.

Se fijó la litis del proceso en determinar si existió o no la ineficacia del traslado, las consecuencias y demás peticiones de condenas, y si prosperaban las excepciones de mérito presentadas.

Con fundamento en su decisión expuso:

Basó su decisión con lo dispuesto en la sentencia 1452-2019, las instrucciones impartidas por la Superintendencia financiera de Colombia en la circular 019 de 1998, el artículo 1757 del C. Civil, el 167 del CGP, artículo 53 de la ley 100 de 1993 y los artículos 14 y 15 del decreto 654 de 1994, la sentencia SL-463 del 2016, la ley 1581 de 2002. Sustentos normativos y jurisprudenciales que tomó el A-quo para establecer que era responsabilidad del fondo de pensión privado, como lo es en el caso concreto PORVENIR S.A., en la cual recaía el deber objetivo de informar con suma diligencia las consecuencias positivas o negativas del cambio de régimen de la actora, y que era deber del mencionado fondo, demostrar durante el proceso que sí cumplió con dicho requisito primordial, para que la señora CARMEN DALIS ARGOTE SOLANO realizara el trámite de traslado sin ninguna vicisitud, lo cual, a la luz de la Togada de instancia, no ocurrió por no encontrarse acreditado dentro del proceso, concluyendo así en la nulidad del traslado de régimen.

2.6. RECURSO DE APELACIÓN.

2.6.1. DE LA PARTE DEMANDADA.

PORVENIR S.A.

Manifestó su inconformidad sobre la sentencia emitida a través del recurso apelación lo cual manifestó, en resumen, lo siguiente:

✓ Inicialmente alegó que la actora ratifica su afiliación al RAIS en PORVENIR S.A., por el paso del tiempo, toda vez que ha pasado varios años y varios abonos al capital pensional por parte de la actora.

✓ Que no efectuó proyección de mesada pensional frente a COLPENSIONES, para alegar que frente a PORVENIR S.A. iba a tener una pensión mucho menor que en COLPENSIONES.

✓ También alegó que, actora manifestó durante el proceso no encontrarse obligada en ningún momento a realizar el traslado, por lo que dicho acto jurídico fue llevado de forma libre, espontánea no incurriendo en ningún vicio que pudiera afectar el consentimiento.

✓ Sostuvo que la actora manifestó no encontrarse obligada en ningún momento a realizar el traslado por lo que más que dicho acto jurídico es una lección libre y espontánea de la demandante en cuya ejecución no se incurre en ningún vicio que hubiera podido afectar el consentimiento

2.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

2.7.1. DE LA PARTE RECURRENTE.

De conformidad con lo establecido por la ley 2213 de 2022, a través del auto expedido el 19 de abril de 2022, se corrió traslado a la parte recurrente, para que se presentara alegatos, de conformidad con la constancia secretarial del 03 de mayo del 2022, se tiene lo siguiente:

2.7.1.1 PORVENIR S.A.

El pronunciamiento de la accionada va encaminado, en resumen, en los siguientes tópicos:

✓ Que es improcedente la declaratoria de nulidad de cambio de régimen de la actora, alegando que nunca existió un vicio sobre el consentimiento expresado por la demandante al celebrar el acto jurídico del traslado de régimen con PORVENIR S.A.

✓ Manifestó la accionada que, con el convencimiento equivocado de la actora, de creer que al momento de su afiliación fue inducido en error o hubo indebida asesoría, no se demostró, precisó la demandada, alegando que PORVENIR S.A., cumplió con las formalidades para afiliación.

✓ Que la accionada solo se limita a realizar comentarios sin sustento probatorios, indicando únicamente que PORVENIR S.A., no brindó la información correspondiente.

2.7.2. DE LA PARTE NO RECURRENTE.

De conformidad con lo establecido por la ley 2213 de 2022, a través del auto expedido el 06 de mayo de 2022, se corrió traslado a la parte NO recurrente, notificado por estado 64 el día 09 de mayo del 2022, para que presentara alegatos, es así, que, de conformidad con la constancia secretarial del 20 de mayo de 2022, se tienen los siguientes:

2.7.2.1 CARMEN DALIS ARGOTE SOLANO.

Sostuvo la demandante:

✓ Preciso que quedo claro que en proceso no se dio cumplimiento del decreto 1161 de 1994, del articulo 3, inciso 6, que ordena a las administradoras efectuen procesos de promocion, debiendo informar de forma clara y por escrito a los potenciales afiliados al derecho o retractarse dicho articulo.

✓ Que si bien es cierto que se evidencio que la demandante firmo los formularios de afiliacion a la AFP, manifesto que esta lo hizo sin informacion de un asesor a fin de tomar una decision tan trascendental como lo era el traslado de regimen pensional y afiliacion a la AFP a la que se iba a afiliarse, que se aprovecharon de su desconocimiento sobre los efectos de la afiliacion que se efectuó.

3. CONSIDERACIONES.

Preliminarmente debe expresarse, que, verificado el expediente, se tiene que la primera instancia lo remitió con el fin de que se resolviera el recurso de apelación interpuesto por la demandada, sin embargo, en aplicación del artículo 69 del CPT en tratándose de sentencia adversa a COLPENSIONES, se revisará en consulta.

Por otro lado, se expresa, que los presupuestos procesales se encuentran satisfechos, situación que permite proferir una decisión de fondo.

3.1. COMPETENCIA.

Este tribunal tiene competencia tal como se asigna el Artículo 15 literal B numeral 1 del C.P.T.S.S.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO.

En atención a los reparos solicitados por el recurrente, encuentra esta magistratura que el problema a desatar versa sobre sí:

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

3.3. FUNDAMENTO NORMATIVO.

3.4.1 DECRETO 663 DE 1999

Artículo 97; modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, impone a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria, a

través de elementos de juicio claros y objetivos que les permitan escoger las mejores opciones del mercado.

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

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

3.4.2 DECRETO 656 DE 1994

Artículo 18: ***“Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados **deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses”*****

3.4. FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL.

3.4.1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN LABORAL.

3.4.1.1 Sobre el deber de informar con suma diligencia en el traslado de régimen: (Sentencia SL645-2023 del 29 de marzo del 2023, radicado N°93153, MP. DR. OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA).

“(…)El Tribunal cometió los errores que le enrostra la censura, pues su argumentación tuvo el propósito de desconocer el deber que, se recalca, lleva impregnado un interés social, que consiste en informar a las personas afiliadas al sistema pensional, de manera clara, cierta, comprensible y oportuna, acerca de las características, diferencias, beneficios, riesgos, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, limitando la discusión a la existencia o no de un vicio del consentimiento a la luz del código civil.

Según lo expuesto, las administradoras de fondos de pensiones están obligadas a ofrecer una asesoría suficiente y, por ello, si el afiliado alega que no fue así — como aquí ocurrió— el Tribunal debía dedicar su atención a dilucidar si ese deber se satisfizo o no, con pruebas que lo demuestren de forma contundente, sin centrar la discusión en la ocurrencia del evocado vicio por un excesivo apego a la palabra nulidad que invocó la censora, cuando la corporación ha sido enfática en que la consecuencia directa de la falta de información no es la nulidad sino la ineficacia del acto originario, como es el traslado mismo.

Lo anterior de manera relevante, cuando, como se indicó en el precedente transcrito, las AFP están en mejor posición que los afiliados para demostrar esas circunstancias. Así pues, surge diáfano que el deber de información radica en cabeza de Porvenir SA y no de la señora Duchamp Madero.”

3.4.1.2 Sobre la devolución de dineros y frutos del mismo en la ineficacia del traslado de régimen: (Se reitera la Sentencia SL645-2023 del 29 de marzo del 2023, radicado N°93153, MP. DR. OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA).

“Valga la pena precisar que, los efectos que conlleva la ineficacia del acto de traslado, en razón al incumplimiento del deber de información que les compete a las administradoras, para que el afiliado adopte una decisión libre, clara y veraz, se contraen a la devolución de los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales recaudados, además de los rendimientos financieros causados, por lo que tampoco se afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, al estar plenamente justificada la falta que le corresponde a la AFP demandada.

No está de más, aclarar que, dicho escenario no supone una retroactividad plena, pues han de mantenerse incólumes todas aquellas situaciones consolidadas y que presumieron una buena fe por parte del afiliado, como lo es el otorgamiento de las mesadas pensionales o de los derechos que pudieran haberse causado en el régimen al que retorna, tal como se adujo en providencia CSJ SL1264-2022 que reiteró lo expuesto en la decisión CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, así:

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

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.”

4. CASO EN CONCRETO.

Se tiene que, la señora CARMEN DALIS ARGOTE SOLANO pretende que se declara la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaria, argumenta que la administradora de fondo PORVENIR S.A. no cumplió con el requisito excepcional de brindarle una debida asesoría, de manera diligente y objetiva en donde le explicara a detalle las ventajas y riesgos de trasladarse de régimen. Como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia cambiar de régimen, ruega que sea

devuelta al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cabeza de COLPENSIONES.

COLPENSIONES, negó los hechos, y se opuso a las pretensiones manifestando que la actora no cumple con los requisitos de cambio de régimen.

PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones alegando que cumplió y fue diligente al momento de brindarle la información correspondiente y pertinente a la señora CARMEN DALIS ARGOTE SOLANO sobre lo que implicaba cambiar de régimen.

El juzgado en primera instancia, concedió la ineficacia del traslado solicitada por la actora, y condenó a PORVENIR S.A., a la devolución de todos los aportes con sus frutos a favor de la señora CARMEN DALIS ARGOTE SOLANO, en el fondo de pensiones COLPENSIONES.

Con lo antedicho, es objeto de sala dirimir la controversia sobre la legalidad del cambio de régimen de la actora, por ello, conforme a los reparos solicitados, se tiene el siguiente problema jurídico:

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

Sea lo primero precisar, que, el asunto a dirimir en esta oportunidad, es sobre la legalidad del traslado del régimen de pensión como lo ha solicitado la accionante, por ello, es menester realizar el estudio pertinente del material probatorio alojado en el expediente, el cual, brindará los sustentos probatorios para determinar si la accionada PORVENIR S.A., cumplió con el deber objetivo de brindar información veraz, acertada y diligente sobre las consecuencias positivas o negativas de cambiar de régimen. Aunado a ello, la normativa y jurisprudencias relacionadas, han establecido unos presupuestos en los cuales se puede conceder el traslado de régimen, como son:

- ✓ En cualquier tiempo, cada 5 años y siempre que no falten 10 años o personar para adquirir la pensión, con la condición de que se debe verificar la edad del afiliado sin haberse surtido traslado dentro de los 5 años anteriores.
- ✓ En cualquier tiempo, cuando el afiliado es beneficiario del régimen de transición con 15 o más años de cotización al 01 de abril de 1994, es decir, se encuentra bajo la posibilidad de cambiar de régimen sin límite.
- ✓ En cualquier tiempo, si la información proporcionada para la afiliación no fue veraz y suficiente, con el deber del buen consejo, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, es así que, el ocultamiento, la inducción al error, la desinformación, constituyen vicios en el consentimiento, lo cual degenera en un faltante a los requisitos esenciales para la configuración del acto jurídico,

el cual se refleja en la declaratoria de la ineffectividad del negocio jurídico con efectos retroactivos, como lo es la nulidad, recayendo así, la carga probatorio del cumplimiento de los requisitos a las administradora.

Con lo dicho, en el caso de marras, haciendo uso de jurisprudencia de vieja data las cuales se relacionan con los presupuestos normativos del Código General del Proceso, es factible redistribuir el peso demostrativo, bajo criterios de equidad procesal, pues a la afiliada le resulta mucho más engorrosa la demostración, mientras es a la ADMINISTRADORA quien por deber legal le corresponde documentar las novedades, debiendo soportar dicha carga, esto bajo los lineamientos jurisprudenciales, verbigracia SL586-2023, del 22 de marzo de 2023, radicado N°93465, la cual dispone:

“La jurisprudencia de la Corte ha adoctrinado que cuando un afiliado alega que no recibió la información debida al cambiarse de modelo pensional, como lo hizo el promotor del proceso en la demanda inaugural, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca y, por ende, será la contraparte, en este caso, a la AFP demandada, quien tiene que demostrar que sí brindó la ilustración debida, dado que es quien está en posición de hacerlo. Así se consagró, en la decisión CSJ SL1452-2019”

Ahora bien, bajo estos fundamentos, es menester realizar el estudio pertinente de las pruebas aportadas en el expediente, para determinar si la accionada PORVENIR S.A., cumplió con ese deber objetivo de informar adecuadamente a la señora CARMEN DALIS ARGOTE SOLANO sobre las particularidades del cambio de régimen, para ello se tiene:

- ✓ Oficio del cual se sustrae *“A través del presente manifiesto mi deseo libre y voluntario de trasladarme al fondo de pensiones PORVENIR S.A., por los beneficios que este sistema me ofrece encontrándome”*. deja constancia esta Sala que este dicho oficio no tiene fecha de suscripción, ni a quien va dirigido, además de lo poco legible que se haya su contenido. Así mismo que fue adjuntada con una solicitud de vinculación o traslado N° 01407540 de fecha del 05/07/2000. (folio 100 aportada por PORVENIR S.A.).
- ✓ Historial laboral consolidada, en donde se avizora que se encuentra un total de 12.8 semanas cotizadas en entidades públicas y 1064.8 semanas en el RAIS, arrojando un total de 1077 semanas cotizadas, la cual tiene el total de \$464.243.661 pesos. (folio 187 de expediente digital).
- ✓ Historia laboral de cotizaciones desde mes a mes desde el año 1998 hasta el año 2022. (folios 34-57 expediente digital).
- ✓ Interrogatorio de parte rendido por la señora CARMEN DALIS ARGOTE SOLANO, en el precisa que ella al realizar sus funciones de Juez del Circuito en Astrea, se le acercó un asesor a su oficina, que tenía conocimiento por parte de unas amigas que también eran Juez, que se acababan de trasladar del ISS, que el asesor le precisó que era mucho mejor estar en el fondo privado porque el ISS iba a desaparecer, que ella confió de buena fe en lo que le decía el asesor, porque pensó que le decía la verdad, porque era cierto que en esa época el ISS iba a desaparecer, que esa fue la razón por la que se trasladó, que lo de los fondos para ella era algo muy nuevo, que era una

situación que no manejaban en ese momento, que de buena fe cayó en esa situación por no ser informada suficientemente, porque de ser así no se hubiese trasladado. Que no presentó ninguna inconformidad, que por eso firmó el formulario, pero lo que realidad le vendió PORVENIR S.A., fue que su situación pensional mejoraría. Que la inconformidad de pertenecer al fondo privado radica que cuando se acercó a PORVENIR por la situación que estaba pasando, miró su situación pensional, que cuando va a PORVENIR, que, al pensionarse, su pensión sería muy baja, caso contrario que ocurría en el RPM, porque la diferencia sería muy grande, que en el año 2000 cuando fue que se afilió al fondo, el asesor no le informó dicha situación. Que ella leyó el formulario completamente, que el formulario lo único que decía era que se estaba trasladando del régimen público a uno privado.

Atendiendo los reparos solicitados por PORVENIR S.A., se debe precisar diferentes puntos.

Primero, sí bien es cierto que la actora realizó diferentes cotizaciones al fondo y así mismo como lo indica la accionada PORVENIR S.A. en su reparo *“debemos destacar que la demandante no efectuó proyección pensionada PORVENIR a COLPENSIONES por lo que su afirmación de indicar que la pensión que devengaba ante mi representaba es menor que la de COLPENSIONES carece de fundamentos fácticos y técnicos”*. Este es un sustento que carece de todo fundamento, toda vez que como ya se ha dictado a lo largo de diferentes pronunciamientos de vieja data, son los mismos fondos lo que deben de brindar la información suficiente a sus próximos afiliados, demostrándole así a detalle que el afiliarse a determinado fondo, en este caso a PORVENIR S.A., brindaría una serie de beneficios mayores diferentes al fondo en el que se encontraba afiliada, y así mismo destacar los puntos de controversia en donde el cliente pueda determinar de forma objetiva que le es más beneficioso, situación que PORVENIR S.A. no realizó, toda vez que no se encuentra prueba alguna en la cual se corrobore que la brindó la debida asesoría a la señora CARMEN DALIS ARGOTES SOLANO, sino, como expresó ella en el interrogatorio de parte rendido *“Que cuando voy a PORVENIR, que, al pensionarme, mi pensión sería muy baja, caso contrario que ocurría en el RPM, porque la diferencia sería muy grande, que en el año 2000 cuando fue que me afilio al fondo, el asesor no me informó dicha situación. Leí el formulario completamente, que el formulario lo único que decía era que se estaba trasladando del régimen público a uno privado”*. Argumento de la accionante que junto a la falta o ausencia de material probatorio sobre una asesoría que era deber legal brindarle a la actora, y de la cual no se encuentra evidencia alguna.

Por otro lado, es menester precisar, que, si bien es cierto que la carga probatoria en estos asuntos recae sobre el fondo de pensiones privados, numerosos pronunciamientos de la Honorable Corte Suprema de Justicia han precisado que no solo se debe contar con la asesoría del fondo al que el cotizante desea afiliarse, sino con la asesoría misma del fondo en el que ya se encuentra, como lo ha

sostenido la CSJ en sentencia SL1452-2019 con radicado N°68852 del 03 de abril de 2019, en la que se precisa en resumen que:

Se debe guardar el compromiso de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría, guardando suma relación con la ley 1748 de 2014, artículo 3 del decreto 2071 de 2015 y circular externa N° 016 de 2016, de los cuales se destaca con precisión que en estos procesos de traslado de régimen se encuentra inmerso el derecho a obtener asesorías de los representantes de ambos regímenes de pensión, es decir, se desglosa que el afiliado tiene el derecho a ser informado tanto de los aspectos positivos como de los negativos en caso de hacer un traslado de regímenes pensionales y además de ser un derecho del afiliado, es un deber de los fondos de pensiones informar los pro y contras de un traslado; lo que puede ganar y lo que puede perder, y debe hacerse sobre información cierta y objetiva.

Otro punto a destacar, es que la honorable CSJ en reiteradas ocasiones ha decantado que no basta con aquellos documentos en donde de manera preimpreso se “manifieste” la supuesta voluntad libre de vicios de una persona al afiliarse a un régimen de pensiones, máxime sino obra una asesoría diligente y detallada como principal requisito, para que el próximo a afiliarse decida bajo criterios de objetividad el vincularse o no a otro régimen pensional. Dicho argumento toma sustento por lo estudiado en la sentencia SL1055-2022 de la CST, en el cual se indica:

“Asimismo, también desconoció que el juicio valorativo respecto al cumplimiento del deber de información no se agota con la sola firma del formulario de afiliación. En efecto, la jurisprudencia de esta Corte ha precisado de forma reiterada que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

(...) Téngase presente que el análisis judicial sobre el cumplimiento del deber de información a cargo de los fondos privados está al margen, en principio, de la situación pensional de la persona, por lo que no sería coherente exigir que el afiliado se ocupe de verificar su estatus pensional”

Por todo lo ampliamente expuesto, encuentra este cuerpo Colegiado, que el traslado que realizó la señora CARMEN DALIS ARGOTE SOLANO del Régimen de Prima Media con Prestación definida en cabeza de COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en este caso por PORVENIR S.A., no se encuentra ajustado a las disposiciones jurisprudenciales y legales, en vista que era deber de, inicialmente, PORVENIR S.A., demostrar durante el proceso que realizó una debida asesoría a la demandante y no limitarse al pronunciamiento que la señora CARMEN DALIS ARGOTE SOLANO suscribió un formato de afiliación preimpreso. Además, así mismo recae responsabilidad sobre COLPENSIONES, por

no realizar una oportuna diligencia informativa sobre la actora al comunicar que se retiraba del fondo.

Cabe aclarar que no es de recibo para esta Sala ningún tipo de excusa como por ejemplo insinuar que el afiliado tuvo la oportunidad para trasladarse dentro del término de amnistía, ni cuando aún le faltaban más de 10 años, ni que tampoco cumple con los 15 años de cotización, ni cualquier otro en esta vía.

No resulta de recibo conforme a lo argumentado y sustentado en la amplia jurisprudencia existente, el hecho de afirmar que se está frente a un imposible manifiesto exigir con anterioridad al año 2016 la prueba de las condiciones en las cuales se realizaron traslados o afiliaciones, porque en el entendido del recurrente (COLPENSIONES) solo hasta esa fecha se estableció tal requisito; cuando visto está que ya existían los decretos 663 de 1993 y 656 de 1994, casi concomitantes con la expedición y vigencia de la Ley 100 de 1993; por tanto la ausencia en el cumplimiento de dichos requisitos o su documentación no pueden ser trasladados al afiliado como ya suficientemente se dijo y cito jurisprudencialmente SL 1688, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO:

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

Asimismo, es necesario precisar que no obra prueba siquiera sumaria de que a la demandante se le haya brindado una asesoría clara y completa respecto a las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales. El acompañamiento que realizó el ejecutivo comercial estuvo ceñido al diligenciamiento del formulario, no en torno a explicarle las condiciones del RPM y el RAIS o, indicarle cuál le convenía o no, y lo que se logra ver es la constancia de afiliación y formulario de vinculación a partir del 13 de octubre, como obra en el plenario.

En ese orden, el simple diligenciamiento del formulario 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 el mentado deber (CSJ SL 1741-2021 en la que se memoraron las sentencias CSJ SL1421-2019; CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Ello, en manera alguna, desdice del cumplimiento del deber de información exigible a la administradora privada de pensiones, el cual, como ya se advirtió, debe ser oportuno e integral al momento del traslado.

Asimismo, ha sido tema decantado en la jurisprudencia laboral que la simple rúbrica del formulario es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. Tales formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (Vid. SL4964-2018).

De modo que, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado y, revisado el material probatorio militante en el plenario no se avizora prueba siquiera sumaria de que se haya cumplido con ese deber de información.

Vale la pena aclarar que, en todo caso, la autorización al traslado entre regímenes no implica el reconocimiento de cualquier otro derecho más allá de este, es decir que no implica beneficios de transición, ni ningún otro, aparte del traslado. Los demás de ser el caso deberán ser estudiados por la administradora al momento del eventual reconocimiento de algún derecho dentro del marco de la seguridad social.

Delimitado lo anterior, conviene recordar que conforme a los criterios de la Corte Suprema de Justicia la consecuencia o respuesta del ordenamiento jurídico frente a la transgresión del deber de información es la ineficacia, esto es, la exclusión de todos los efectos jurídicos del acto de traslado. De manera tal que, dicho examen debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (art. 1746 CC), por todo lo anterior, queda más que claro para esta Colegiatura que la decisión tomada en primera instancia por el *A-quo* fue en derecho y de manera correcta.

Siendo así lo anterior, es preciso recordar que, conforme a los criterios de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la consecuencia del ordenamiento jurídicos frente a la transgresión del deber de información es la *ineficacia*, esto es, la exclusión de todos los efectos jurídicos del acto de traslado. De manera tal que, dicho estudio debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (art. 1746 CC)

Por consiguiente, la declaratoria de ineficacia tendrá efectos *ex-tunc (desde siempre)*, es decir que las cosas deben retrotraerse en su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital

ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantías de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES.

Finalmente, al atenderse el grado jurisdiccional de consulta, no se violenta el principio non reformatio in pejus, pues no se afecta realmente a ninguna de las partes ya que los efectos de la sentencia inicial perduran incólumes, además de atender el interés público que entraña la institución de la consulta, es por esta razón que, **debe** esta Sala estudiar la indexación de las sumas ordenadas, en primer lugar los aportes se ordenan con **sus rendimientos**; para el caso concreto las cuentas de ahorro individual, gastos de administración prima de reaseguro FOGAFIN, primas de reaseguro invalidez y muerte, las que no tengan destinación específica, deberían ser indexadas.

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

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

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

- ✓ Por el efecto de la inflación el dinero se deprecia en el tiempo. El valor actual de un peso permite conocer su poder adquisitivo. Es decir, muestra el cambio del valor del dinero en el tiempo, convirtiendo pesos colombianos de una fecha del pasado a valor presente o a valor de una fecha específica.
- ✓ Para realizar este cálculo se recomienda usar un indicador de precios de la economía, el más utilizado es el Índice de Precios al Consumidor (IPC), el cual es calculado, publicado y certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística- DANE conforme a lo establecido en el literal j) del artículo 2 del Decreto 3167 de 1968 según el cual corresponde al DANE “Establecer índices de precios a nivel del productor, del distribuidor y del consumidor (...)”, y el y el literal i) del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 262 de 2004 según el cual el DANE debe

“certificar la información estadística, siempre que se refiera a resultados generados, validados y aprobados por el Departamento” .

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

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

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

Donde:

t = Mes de referencia del cálculo

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

IPC_t = Índice de Precios al Consumidor del mes t

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

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

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

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

Donde,

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

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

Suma de dinero_t = suma de dinero_{t-j} * $VAP_{t-j,t}$...”

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

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

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

Además, se ordenará la indexación de esas sumas, para no afectar financieramente el régimen de prima media con prestación definida. Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

En efecto, en la última providencia se señaló:

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

[...]

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

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

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

Es así, que esta Magistratura, procederá a adicionar el numeral 2 de la providencia emitida por la Juez de primera instancia, toda vez que la decisión adoptada se encuentra ajustada a Derecho.

5. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR, el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el 02 de diciembre 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Distrito Judicial de Valledupar, dentro del proceso ordinario promovido por la señora CARMEN DALIS ARGOTE SOLANO contra PORVENIR S.A. y COLPENSIONES EICE. El cual quedará al siguiente tenor:

“SEGUNDO: CONDENAR A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a realizar la devolución, con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de CARMEN DALIS ARGOTE SOLANO, como cotizaciones, aportes, rendimientos, bonos pensionales, frutos e intereses, gastos de administración y demás emolumentos inherentes de la cuenta de ahorro individual del demandante **ÁNGEL MARIA DAZA GARCÍA** debidamente indexados, conforme se señala en la parte motiva de la sentencia sin descontar valor alguno por concepto de cuotas de administración y comisiones o cualquier otro rubro.”

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandada y PORVENIR S.A., fíjense como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo mensual vigente, por no haber prosperado su recurso, liquídense como seña el artículo 365 y 366 de CGP.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión a las partes. Para tal fin remítase a la secretaria de este Tribunal para lo de su competencia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 Inc. 2,
Ley 2213 de 2022;
Acuerdo PCS 20-11567 CSJ)

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

JESUS ARMANDO ZAMORA SUAREZ.
Magistrado

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado