



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

Magistrado Ponente: Dr. HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES

CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DECIDE	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
RADICADO	44001-31-05-001-2021-00073-01
DEMANDANTE	OSMELIA DEL CARMEN GÁMEZ ROMERO C.C. 26.965.792
DEMANDADOS	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. NIT. 900.336-004-7 - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. NIT. 800-144.331-3

Riohacha, veintiséis (26) de julio de dos mil veintitrés (2023)

(Proyecto discutido y aprobado en Sala de fecha veinticinco (25) de julio de dos mil veintitrés (2023), según Acta N° 042).

1. ASUNTO POR RESOLVER.

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los Magistrados **PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, LUIS ROBERTO ORTIZ ARCINIEGAS Y HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES**, quien preside en calidad de Ponente, procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el numeral 1 del art. 13 de la Ley 2213 de 2022, en la que se decide el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación formulado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contra la sentencia dictada en audiencia pública por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, el 26 de enero de 2023, dentro del proceso de la referencia.

2. ANTECEDENTES.

2.1. La demanda.

OSMELIA DEL CARMEN GÁMEZ ROMERO mediante apoderado judicial, instauró proceso ordinario Laboral de Primera Instancia, pretendiendo se declare la ineficacia del traslado, del régimen de prima media al de ahorro individual con

solidaridad – RAIS; que como consecuencia de lo anterior, se declare que la actora ha tenido como única afiliación válida al sistema general de pensiones la efectuada al régimen de prima media con prestación definida ante COLPENSIONES; que se ordene a COLPENSIONES recibir los aportes que traslade PORVENIR y se le condene en costas y agencias en derecho.

Como soporte de sus pretensiones refirió que, nació el 30 de junio de 1956 y a la fecha de presentación de la demanda, cuenta con 64 años de edad.

Que inició su cotización al régimen de prima media con prestación definida desde el 2 de septiembre de 1983, aportes realizados al ISS hoy COLPENSIONES y luego como independiente, después con RUBY ROMERO ARIZA y actualmente, con la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE LA GUAJIRA.

Que al momento en que se surtió el traslado, los asesores de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. no brindaron la información necesaria, veraz, amplia y completa, con el fin de asesorarla sobre los beneficios y perjuicios que acarrearía la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), por el contrario, la llenaron de promesas con el fin de lograr la afiliación, entre ellas, pensionarse con un monto de \$4.500.000.

Que solicitó a las accionadas la nulidad del traslado, pero PORVENIR no contestó y COLPENSIONES la despachó desfavorablemente.

Que el traslado al RAIS ha lesionado enormemente a la demandante, toda vez que al ocultar de mala fe la información, se ha deteriorado enormemente la mesada pensional, afectando el derecho a la vida digna e igualdad, al momento de pensionarse.

2.2. TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

2.2.1. La demanda fue admitida el 22 de julio de 2021¹ y se dispuso la notificación a las accionadas.

2.2.2. LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a través de apoderada contestó la demanda, se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló como excepciones de mérito las que denominó a) INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, b) CARENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, c) COBRO DE LO DEBIDO, c) BUENA FE, d) PRESCRIPCIÓN, e) COMPENSACIÓN y, f) INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.

¹ Numeral 02 del expediente digital

2.2.3. La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., compareció al proceso y, a través de apoderado judicial contestó la demanda con total oposición a las pretensiones, alegando que la demandante el 8 de julio de 1995 realizó el traslado a la AFP COLPATRIA, documento que se presume autentico y en el que se le brindó la información de manera clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de mérito las que tituló 1) PRESCRIPCIÓN, 2) BUENA FE, 3) INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, 4) COMPENSACIÓN y, 5) GENÉRICA.

2.2.4. Mediante providencia del 20 de octubre de 2022, se tuvo por contestada la demanda por parte de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., por lo que se fijó fecha y hora para la audiencia del artículo 77 del CPTSS.

2.2.5. La audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación de litigio, se llevó a cabo el 26 de enero de 2023² y allí mismo, se dictó la sentencia.

2.3. SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

La Juez de conocimiento profirió sentencia, el veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023), en la que declaró la ineficacia de la afiliación que la señora OSMELIA DEL CARMEN GÁMEZ ROMERO hizo del ISS hoy COLPENSIONES a la administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y, en consecuencia, ordenó a esta última, que en el término improrrogable de tres (03) meses, realice el traslado a COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, junto con todos los rendimientos que se hubieren causado. Por último, ordenó a COLPENSIONES realizar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, y a recibir los aportes que sean trasladados por PORVENIR no solo el ahorro, sino también los rendimientos.

Sustentó su decisión indicando que, el fondo no logró demostrar que cumplió con el deber legar de brindarle al afiliado 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, se evidenció un asesoramiento sobre las condiciones en que podría accederse a la mesada pensional en dicho régimen.

2.4. DE LA APELACIÓN.

² Numeral 017, Expediente digital

2.4.1. LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., impugnó la sentencia señalando que, no se ha tenido en cuenta las restituciones mutuas de que trata el artículo 1758 del Código Civil, pues solo se reportó el estado de las cosas en relación con lo que es la parte demandante y no por parte de PORVENIR; que se desconoce las expensas que debió sufragar la administradora, al incrementar todo en capital.

Que igualmente, no está de acuerdo con la condena en costas, como quiera que no era posible aceptar el retorno al régimen de prima media, conforme a lo señalado en la ley, por lo que pide que se revoque para absolver a la demandada.

2.4.2. LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, interpuso el recurso de apelación señalando que la demandante solicitó el cambio de régimen de prima media al RAIS, en cuyo caso se presume que la solicitud fue realizada por un estudio minucioso y por su voluntad; que conforme al artículo 36 de la Ley 793 de 2003, solo podían trasladarse del régimen por una sola vez cada 5 años, contados a partir de la selección inicial y después de un año de vigencia la presente ley, el afiliado que le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad no podían trasladarse; que teniendo en cuenta la edad actual de la demandante, era una imposibilidad legal aceptar el traslado, por lo que pide que se revoque la sentencia y se absuelva a la parte demandada.

2.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

2.5.1. LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., describió el traslado indicando que es improcedente la presunta nulidad deprecada, como quiera que no existe vicio alguno en el consentimiento expresado por la demandante y, por tanto, están dados todos los requisitos de ley para la validez del traslado.

Que la entidad garantizó a la demandante, la posibilidad de retornar al régimen de prima media y además dispuso los canales de comunicación para conocer las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, referentes al funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, poniendo de presente las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual, conforme se acredita con la publicado en el diario el Tiempo del 14 de enero de 2004.

Que la demandante luego de recibir la información necesaria y suficiente, pudo comparar con el conocimiento que tenía del RPMPD y decidió escoger el régimen ahorro individual, lo cual se materializó, con la suscripción del formulario de afiliación, el que se presume auténtico.

Que frente al cumplimiento de los deberes de la entidad, cumplieron con la carga procesal impuesta, pese a la inversión de la prueba, pues aportó 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 parte demandante jamás estuvo en imposibilidad absoluta de retornar al RPMPD, permaneciendo en el RAIS, lo que sin dudas, debe valorarse como un indicio serio, de querer permanecer en él, para lo cual cita como ejemplo la sentencia Rad. 47236 del 6 de abril de 2016 de la Corte Suprema de Justicia.

Que no es viable jurídicamente, imponerle a los administrados cargas probatorias distintas a las previstas en las leyes existentes, al momento de la ocurrencia de los hechos, en este caso, cuando se realizó la afiliación, pues ello constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima de su representada, en tanto que actuó amparada por lo señalado en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentos; que para el momento en que se celebró el acto jurídico de vinculación con la demandante, solo debía dejarse constancia de la libre escogencia a través del formulario de vinculación, sin que, también tuviera 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 y a los futuros afiliados.

Que la primera instancia, sin realizar el análisis en conjunto y crítico de las pruebas, declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado, sin consideración a las normas referidas en el ordenamiento civil, relacionadas con la validez de los negocios jurídicos a las cuales se debe acudir, entre ellos el artículo 1602 del C.C., según el cual señala que todo contrato legalmente celebrado, es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, máxime cuando está acreditada que cualquier declaración de ineficacia o nulidad está prescrita.

Explica la diferencia legal de la ineficacia y la nulidad de los actos jurídicos y sus efectos, para decir que no se puede condenar a PORVENIR A.S. a restituir a favor del afiliado y por ende, a un tercero como es COLPENSIONES, los rendimientos financieros que logró la entidad, por la gestión que adelantó en la administración de los aportes el RAIS; que tampoco se debe ordenar la devolución de las primas de seguros, por cuanto el afiliado siempre estuvo protegido en las contingencias que ellas amparan, por lo que imponer esa obligación, es como exigirle a cualquier compañía de seguros que, si no se presenta el siniestro amparado, debe devolver, trasladar, reintegrar el valor de la póliza pagada, para lo cual cita la sentencia C-1024 de 2004.

Solicita que se analicen las circunstancias particulares de este proceso, que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes produjo los efectos jurídicos que las partes pretendían; que en el evento de considerar que faltaron al deber de información, en aplicación al principio de congruencia de los fallos judiciales, no se puede ordenar la devolución de los rendimientos financieros que los aportes de la parte demandante produjeron en el RAIS por cuanto no se alegó ni menos probó la mala fe de la demandada, por lo que solo debe trasladar los rendimientos equivalente del RSS (tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las reservas pensionales de vejez, invalidez y sobrevivencia administradas por el ISS).

Que si por el contrario, la decisión es que debe reintegrar la totalidad de los rendimientos, comedidamente solicitan que se autorice a Porvenir a descontar de tales conceptos, las restituciones mutuas a que haya lugar, como quiera 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, durante el periodo en el que estuvo afiliado a PORVENIR y, ii) a pagar el valor que corresponda al costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos.

Que la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado anterior, como si nunca hubiere existido y, en aplicación la condena debe guardar consonancia con ese principio, por lo que, el valor a trasladar correspondería a los intereses que la persona hubiese obtenido en el régimen de prima media y los aportes, pero no devolver los gastos de administración y de seguros.

Pide además que se excluya de la orden la indexación, pues los aportes han generados rendimientos muy superiores a los que garantiza el RPMPD, para lo cual cita en apoyo las sentencias del 21 de junio de 2022 y 20 de enero de 2023 del TRIBUNAL SUPERIOR DE CUNDINAMARCA y de CALI; que se revoque la sentencia y se absuelva a la parte demandada de todas y cada una de las pretensiones.

2.5.2. LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, guardó silencio.

3. CONSIDERACIONES

Preliminarmente debe expresarse, que verificado el expediente, se tiene que la primera instancia remitió con el fin de que se resolviera el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES y PORVENIR y se surtiera el grado jurisdiccional de consulta la primera de ellas, 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 integralidad, despojando de las reglas propias del solo recurso de apelación, en cuanto al principio de consonancia.

Por otro lado, se expresa, que 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 la parte 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 se pronunció.

3.1. COMPETENCIA.

Se conoce del proceso con el objeto de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PORVENIR, 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 surtir el grado jurisdiccional de consulta.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Debe declararse la ineficacia de la afiliación de la señora **OSMELIA DEL CARMEN GÁMEZ ROMERO** y en consecuencia, ordenar el traslado **del RÉGIMEN AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**, administrado por la AFP demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en el que se encuentra afiliada la parte actora, al **RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA**, administrado por la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES?**

3.3. FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

La Ley 100 de 1993 mediante la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, procuró unificar los distintos regímenes pensionales que hasta el momento existían y para ello se crearon dos sistemas pensionales, así: a) un régimen solidario de prima media con prestación definida caracterizado por una mesada pensional determinada y preestablecida, siempre que se cumpliera con los dos requisitos edad y semanas de cotización y, b) un régimen de ahorro individual con solidaridad en que la mesada pensional que depende del aporte acumulado realizado por el afiliado, más los rendimientos financieros de capital, siempre que dicha suma garantice el pago de una pensión equivalente al 10% del salario mínimo mensual vigente al tiempo del reconocimiento.

Por lo anterior, se permitió el traslado de los afiliados a cualquiera de los regímenes, salvo las personas que reunieran las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al RAIS, no se hayan regresado al RPM, podían volver en cualquier tiempo conforme a la sentencia C-789 de 2002, esto es, que al 1 de abril de 1994 contaran con 15 años de servicios; sin embargo, dicho postulado tiene su excepción cuando la elección de cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, no está precedida de una decisión libre y voluntaria de su afiliado, dado que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión que se adopte al momento del traslado, sin importar si la persona es o no, beneficiaria del régimen de transición, o si tiene un derecho consolidado, o está próximo a pensionarse.

En sentencia SU-130 de 2013 la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, unificó jurisprudencia en torno al traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, en el caso de beneficiarios del régimen de transición, en dicha sentencia se dijo:

“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.

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en radicación 31314 del 9 de septiembre de 2008 MP ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, se pronunció sobre la omisión de los Fondos de Pensiones en proporcionar información completa acerca del traslado de régimen, en dicha sentencia se indicó lo siguiente:

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional (...) Es 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

Rdo: 44001-31-05-001-2021-00073-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: OSMELIA DEL CARMEN GÁMEZ ROMERO
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: Sentencia Segunda Instancia

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. 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.”

Frente a la constatación del deber de información, la sentencia SL17447-2017 profundizó sobre ello, aduciendo que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación era insuficiente, en los siguientes términos:

“Por demás las implicaciones de la asimetría en la información determinante para advertir la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la Ley, sino soportadas en principios de <buen fe deservicio a los intereses sociales> en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que (Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen de suerte que les permita, a través de los elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores condiciones del mercado) Y concluyó: “De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación 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.”

En sentencia SL17595-2017 la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Magistrado Fernando Castillo Cadena aclaró lo referente al formato de traslado y la formula “libre y voluntaria” contenida en dichos documentos:

“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.”

También en la sentencia SL 1452-2019 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS

QUEVEDO, decantó un conjunto de subreglas que respaldan la procedencia de la ineficacia del traslado del régimen pensional, ante la falta de prueba que acredite el cumplimiento del deber de información por los fondos privados de pensiones, por lo que la administradora debe brindar una 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 ellos, la pérdida del régimen de transición.

Por lo anterior, dicha Corporación concreta que los efectos de la declaratoria de ineficacia son imprescriptibles, ordenando devolver las cosas al estado anterior, lo cual varía cuando se adquirió la condición de pensionado, dado que se trata de una situación jurídica consolidada, que no es posible razonablemente revertir o retrotraer, dejando abierta la posibilidad de reclamar una indemnización total de perjuicios por el incumplimiento del deber de información.

Por último y frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que incluye la devolución de saldos al afiliado con los gastos de administración, debidamente indexadas, con la prohibición de descontar los gastos de administración comisiones y otros. Así en sentencia SL31782-2021 del 3 de marzo de 2021 radicación 68471 Magistrado Ponente DR. GERARDO BOTERO ZULUAGA, expuso:

“... en razón a advertirse que por el transcurrir del tiempo y la tardanza en el pago, hay una devaluación de la moneda colombiana que afecta directamente el valor del retroactivo pensional y, por ende, derechos del pensionado. Con lo anterior se busca el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, con base en el índice de precios al consumidor, y así hacer efectiva la materialización de lo previsto en el artículo 53 constitucional, tal y como se sostuvo recientemente por esta Sala en el nuevo criterio doctrinal adoptado en la sentencia CSJ SL359-2021, en donde se dijo:

Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (artículo 53 de la Constitución Política), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito”.

3.4. DEL CASO CONCRETO

Es claro para la Sala que lo solicitado por la parte demandante, en el presente caso es la declaratoria de ineficacia de la afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad para en últimas regresar al Régimen de Prima Media, por lo que se considera oportuno estudiar cuáles son los eventos bajo los cuáles, puede darse el cambio de régimen pensional, según los parámetros constitucionales, jurisprudenciales y legales, siendo estas:

1-. En cualquier tiempo, cada 5 años y siempre y cuando no le falte 10 o menos años para alcanzar la edad de pensión (artículo 13 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es de subsunción normativa), en este evento, solo es necesario verificar la edad del afiliado y que no haya surtido traslado dentro de los 5 años anteriores a la solicitud del cambio.

2-. En cualquier tiempo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones al 1 de abril de 1994), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición (SU-130 de 2013 Corte Constitucional).

3-. En cualquier tiempo, si la información proporcionada para la afiliación no fue veraz y suficiente, con el deber del buen consejo, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes a que se hizo referencia en la jurisprudencia estudiada. Este criterio fue desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en aplicación de normas de carácter civil, y de la seguridad social, pues la desinformación del afiliado constituye la ineficacia del traslado por constituirse el deber de información, en un imperativo legal al momento de efectuar el traslado respectivo.

Ahora bien, en lo que respecta a la obligación del fondo para determinar si cumplió en forma oportuna y suficiente al momento de hacer el traslado, ha señalado la Corte Suprema de Justicia, que la carga probatoria, radica en cabeza de la AFP, ya que en ella, reposa la salvaguarda de la información, es la depositaria administradora del sistema de seguridad social, y por ende, se le facilita la demostración del cumplimiento de tales deberes, pues el afiliado difícilmente puede encontrar dichos medios de demostración, por lo que en estos eventos, se redistribuye la carga de la prueba, atribuyéndole a quien tenía a su cargo, el deber de información.

Frente a la evolución normativa del deber de información, la sentencia CSJ SL1688-2019, de fecha 8 de mayo de 2019 radicación 68838 Magistrada Ponente DRA. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, expuso:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

De acuerdo con la providencia citada anteriormente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señala que la constatación del deber de información es ineludible, por lo que desde su creación las AFP tenían el deber de brindar información a los afiliados y usuarios del sistema pensional, a fin de que pudieran adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre el futuro pensional; que con el transcurso del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia, cambió para acumular más obligaciones, pasando del deber de información necesaria, al de asesoría y buen consejo y, finalmente al de doble asesoría, punto que debe ser analizado por el juez al momento de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que desde el inicio siempre ha existido.

En el asunto sometido a consideración, se tiene que la señora OSMELIA DEL CARMEN GÁMEZ ROMERO nació el 30 de junio de 1956 y ha cotizado desde el 02 de septiembre de 1983 al régimen de prima media con prestación definida y pasó a PORVENIR el 31 de julio de 2020.

Como fundamento de las pretensiones alegó la demandante, que en el momento en que se surtió el traslado, los asesores de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. no brindaron la información necesaria, veraz, amplia y completa, con el fin de asesorarla sobre los beneficios y perjuicios que acarrearía la afiliación al régimen

de ahorro individual con solidaridad (RAIS), por el contrario, la llenaron de promesas con el fin de lograr la afiliación, entre ellas, pensionarse con un monto de \$4.500.000.

Tal como se indicó anteriormente, le correspondía al FONDO DE PENSIONES demostrar que cumplió con el deber de información y asesoría, dando a conocer la información necesaria, con el deber de buen consejo sobre los beneficios e inconvenientes en cada uno de los regímenes.

La defensa del fondo descansa en la prueba documental, relacionada con la afiliación de la parte actora al fondo privado, sin que de ella se pueda deducir que se hubiere suministrado la información completa y comprensible, orientándola 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.

Tal como lo ha determinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia SL4964-2018) la simple firma del formulario, no es suficiente para dar por demostrado el deber de información adecuada y veraz, pues 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.

De lo expuesto entonces, 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 plenario y, por tanto, resulta ineficaz el traslado que realizara la parte actora, tal como lo determinara la funcionaria de primer grado.

Sobre la ineficacia del traslado, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1055-2022 radicación No. 87911 del 2 de marzo de 2022, con ponencia del Magistrado IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ, expuso:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo 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

Rdo: 44001-31-05-001-2021-00073-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: OSMELIA DEL CARMEN GÁMEZ ROMERO
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: Sentencia Segunda Instancia

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.

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.”

La declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), es decir que las cosas vuelven al estado anterior, como si el acto jamás hubiera existido, por lo que el fondo privado deberá 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 sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES.

Frente al reparo de PORVENIR por no autorizarse el descuento del 3% correspondiente a los gastos de administración, es claro que es obligación de la AFP reintegrar íntegramente y debidamente indexadas las sumas recaudas en favor de la afiliada demandante, esto último con el fin de evitar la pérdida del poder adquisitivo de los recursos destinados a pensiones conforme lo manda el artículo 48 de la C.P. sin que ello puede considerarse que se configura un enriquecimiento sin causa, dado que el efecto jurídico real de las devoluciones no ingresa al patrimonio de la demandante, sino de COLPENSIONES.

Frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado en sentencia con radicación 31989 de 8 de septiembre de 2008 la Corte Suprema de Justicia refirió lo siguiente:

“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.” (Subrayado fuera del texto)

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.

Rdo: 44001-31-05-001-2021-00073-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: OSMELIA DEL CARMEN GÁMEZ ROMERO
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: Sentencia Segunda Instancia

De acuerdo con lo anterior, el recurso formulado por COLPENSIONES Y PORVENIR no tienen vocación de prosperidad.

Ahora bien, en lo que respecta a la inconformidad por la condena en costas invocada por PORVENIR, debe indicarse que según lo prevé 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, por lo cual no es posible exonerarlo de dicha condena. Si bien la demandada ha podido allanarse a las pretensiones de la demanda, lo cierto es que fincó su oposición en ellas, de donde resulta válido imponer la condena impuesta.

En consecuencia, dado que era procedente la declaratoria de ineficacia del traslado, se confirmará la sentencia apelada. Costas a cargo de la parte que le resulta desfavorable el recurso (art. 365-1 C. G. del P.) COLPENSIONES Y PORVENIR. En consecuencia, fíjese como agencias en derecho el equivalente a 1/2 salario mínimo legal mensual a cada una de las apelantes y a favor de la parte actora, el cual deberá ser liquidado por el funcionario de primer grado, conforme lo señala el artículo 366 del CG de P.

Se reconocerá personería a la abogada MILAGROS DEL CARMEN PARTENINA MARTELO identificada con cédula de ciudadanía número 1.103.106.188 y portadora de la T.P. 238.791 del C.S. de la J. de la firma PANIAGUA & COHEN ABOGADOS S.A.S., como apoderada de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder otorgado. Se entenderá revocado todo poder otorgado con anterioridad, conforme lo dispone el artículo 76 del C.G.P.

3.5.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

El grado jurisdiccional de consulta queda agotado con el estudio de los temas realizados.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintiséis (26) de enero de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, en el proceso ordinario laboral adelantado por **OSMELIA DEL CARMEN GÁMEZ ROMERO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**

Rdo: 44001-31-05-001-2021-00073-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: OSMELIA DEL CARMEN GÁMEZ ROMERO
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: Sentencia Segunda Instancia

– COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a COLPENSIONES Y PORVENIR y a favor de la parte demandante, ante el resultado del recurso interpuesto. Como agencias en derecho se fija el equivalente a $\frac{1}{2}$ salario mínimo legal mensual a cada una de ellas, el cual deberá ser liquidado por el funcionario de primer grado, conforme lo señala el artículo 366 del CG de P.

TERCERO: RECONOCER personería a la abogada MILAGROS DEL CARMEN PARTENINA MARTELO identificada con cédula de ciudadanía número 1.103.106.188 y portadora de la T.P. 238.791 del C.S. de la J. de la firma PANIAGUA & COHEN ABOGADOS S.A.S., como apoderada de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder otorgado. Se entenderá revocado todo poder otorgado con anterioridad, conforme lo dispone el artículo 76 del C.G.P.

CUARTO: Una vez en firme la presente sentencia, por Secretaría, devuélvase el proceso al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES
Magistrado Ponente

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada

LUIS ROBERTO ORTIZ ARCINIEGAS
Magistrado

Firmado Por:

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

Luis Roberto Ortiz Arciniegas
Magistrado
Sala 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: **fbda34310c6716db72afdb2420d6866f5ce44bb7dff3308d3659f5c2d24aaf2f**
Documento generado en 26/07/2023 04:25:25 PM

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