



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 | 44001-31-05-002-2019-00052-01 |
| DEMANDANTE | NANCY ELENA RODRÍGUEZ RIVADENEIRA C.C. 40.916.399 |
| DEMANDADOS | <ul style="list-style-type: none">ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Nit 900.336.004-7SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Nit 800.144.331-3UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP Nit. 900.373.913-4 |

Riohacha, veinticuatro (24) octubre de dos mil veintitrés (2023)

(Proyecto discutido y aprobado en Sala de la fecha, según Acta N° 063).

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 Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, el tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023), dentro del proceso de la referencia.

2. ANTECEDENTES.

2.1. La demanda.

NANCY ELENA RODRÍGUEZ RIVADENEIRA mediante apoderado judicial, instauró proceso ordinario Laboral de Primera Instancia, pretendiendo se declare la ineficacia de la afiliación que hizo a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES PORVENIR S.A., por la ausencia de la manifestación libre y voluntaria al traslado

Rdo: 44-001-31-05-002-2019-00052-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY ELENA RODRÍGUEZ RIVADENEIRA
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

del régimen; que en consecuencia de lo anterior, se regrese a la actora al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Como soporte de sus pretensiones refirió que, nació el veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos sesenta y dos (1962) y al momento de la presentación de la demanda, contaba con cincuenta y seis (56) años de edad.

Que labora desde hace 36 años con la ESE HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS, entidad del sector público de nivel nacional, a la cual se vinculó el 15 de septiembre de 1981; que por lo anterior, estuvo vinculada en el régimen de prima media con CAJANAL desde el 15 de septiembre de 1981 y hasta el 31 de julio de 1996, es decir, 14 años, 10 meses y 15 días y a partir del 1 de agosto de 1996, se trasladó a PORVENIR, en donde lleva 22 años aproximadamente.

Que el cambio de régimen pensional se dio sin una manifestación libre y voluntaria, por cuanto desconocía la incidencia que aquella decisión, tendría frente a sus derechos prestacionales, pues PORVENIR no documentó clara y suficientemente los efectos que acarrearía el cambio de régimen.

Que PORVENIR no divulgó la información precisa, en la que se delimitaría los alcances positivos y negativos para el cambio de régimen y solo se limitaron a promocionar el producto, sin distinguir o asesorar sobre el monto de la pensión en cada uno de los regímenes existentes y la diferencia de la aplicación de los pagos de los aportes, junto con las implicaciones que ello conlleva.

Que se siente engañada, porque lo único que le indicaron fue que, a sus 20 años de servicio, la pensionarían tuviera o no la edad; que la pensión sería equivalente al último salario que estuviera recibiendo, sin embargo, PORVENIR no cumplió con los estándares de transparencia, para pregonar que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y voluntaria.

Que en visita a PORVENIR y solicitado el simulacro de la pensión, le indicaron que no le asiste ningún derecho, porque no ha llegado ni al monto, ni a la edad para ese estudio.

2.2. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

2.2.1. La demanda fue admitida el veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019)¹ y se dispuso la notificación a las accionadas. Posteriormente en auto del 25 de junio de 2019, se dispuso corregir el error para tener como demandada a la

¹ Numeral 06 del Cdno. 1ra. Inst.

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP.

2.2.2. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES², a través de apoderada contestó la demanda, se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló como excepciones de mérito las que denominó: i) COBRO DE LO NO DEBIDO, ii) FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, iii) BUENA FE y, iv) IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.

2.2.3. La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP³, dio contestación con oposición a las pretensiones de la demanda, alegando que no se cumplen los requisitos legales para el traslado del régimen correspondiente. En su defensa formuló como excepciones las siguientes: 1) FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, 2) INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y, 3) PRESCRIPCIÓN.

2.2.4. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.⁴ a través de apoderado contestó la demanda con total oposición a las pretensiones, alegando que la vinculación que hizo la demandante el 1 de agosto de 1996, es válida y por tanto, dicho traslado se sujeta a la presunción de validez, por cuanto se hizo de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, artículo 13; que la afiliación se realizó con el lleno de los requisitos legales y dentro de las oportunidades legales, además que la actora no manifestó su deseo de retractarse y por ende, no podrá ordenarse el regreso automático. Formuló como excepciones de mérito las que tituló: a) FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, b) BUENA FE DE LA SOCIEDAD DEMANDADA PORVENIR S.A., c) INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS, d) PRESCRIPCIÓN, e) AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD ATRIBUIBLE A LA DEMANDADA y f) LA INNOMINADA O GENÉRICA.

2.2.5. Mediante providencia del tres (03) de febrero de dos mil veinte (2020)⁵, se tuvo por contestada la demanda por parte de PORVENIR S.A., COLPENSIONES y UGPP y se fijó fecha y hora para la audiencia del art. 77 del CPTSS.

2.2.6. La audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación de litigio, se llevó a cabo el 13 de marzo de 2020⁶.

2.3. SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

² Numeral 11 del Cuad. 1ra. Inst.

³ Numeral 13, ibídem

⁴ Numeral 16, ibídem

⁵ Numeral 18, ibídem

⁶ Numeral 20, ibídem.

Rdo: 44-001-31-05-002-2019-00052-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY ELENA RODRÍGUEZ RIVADENEIRA
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Juez de conocimiento profirió sentencia, el tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023), en la que en la que declaró la ineficacia de la afiliación que la señora NANCY ELENA RODRÍGUEZ RIVADENEIRA hizo a la AFP HORIZONTES hoy PORVENIR S.A. A. y en consecuencia, ordenó a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. 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 del actor, junto con todos los rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros provisionales con cargo a sus propias utilidades debidamente indexados y discriminados. Ordenó además a COLPENSIONES, realizar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, y a recibir los aportes que sean trasladados por PORVENIR. Por último, absolvió a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP y condenó en costas a PORVENIR Y COLPENSIONES.

Sustentó su decisión indicando que, PORVENIR no acreditó que hubiere otorgado la asesoría o debida información a la demandante, en donde pudiera tener conocimiento pleno sobre las ventajas y desventajas de los dos regímenes, con lo cual incumplió con las obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento.

2.4. DE LA APELACIÓN.

2.4.1. LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., impugnó la sentencia, así:

“en representación de los intereses de Porvenir, me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra la sentencia dictada en juicio que resolvió los extremos de la Litis y que favoreció a los intereses de la demandante señora Nancy Elena Rodríguez Rivadeneira en el sentido que accedió a la súplica de la demanda, para la cual decretó la ineficacia del traslado que había hecho esta del régimen de prima media a Porvenir S.A. a partir del 1 de agosto de 1996, igualmente ordena trasladar de Porvenir a Colpensiones todos los recursos existentes en su cuenta de ahorro individual. Tercero ordena a Colpensiones para que reciba a la afiliada señora Nancy Elena Rodríguez Rivadeneira al régimen de prima media, igualmente recibir los aportes que debe enviar a COLPENSIONES, la a condena de Porvenir S.A. y Colpensiones compartidas, la absolución de la UGPP que dispuso su despacho, pero de igual manera nada tenemos que ver con la absolución de la UGPP, lo que sí es que, mostramos nuestra total inconformidad, porque hecha por tierra su despacho en la decisión atacada en el día de hoy, la afiliación que hiciera al régimen de ahorro individual, en este caso Porvenir la demandante el 1 de agosto de 1996, que permaneció desde esa época hasta esta época en el RAIS, donde hemos dicho tanto en la contestación de la demanda, como en los alegatos previos a desatar los extremos de la Litis que la señora Nancy Elena Rodríguez Rivadeneira se le brindó una información completa, para ello firmó un formato de afiliación, lo leyó, lo firmó, por disposición del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dicho formato comporta una presunción de validez al tenor de ese articulado, se ha dicho que no concurre en el caso los vicios del consentimiento, que comporta el código civil como es el error, la fuerza y el

Rdo: 44-001-31-05-002-2019-00052-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY ELENA RODRÍGUEZ RIVADENEIRA
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

dolo, se ha dicho que el manejo de pensiones y cesantías por parte de Porvenir S.A. que tiene una creación legal está ligada al mercado económico que es el manejo de generar una rentabilidad y que de todas maneras, la nulidad deprecaba y que hoy acoge el despacho, pues no encuentra encuadramiento en el Código Civil, ya que Porvenir S.A. ha actuado de buena fe, los recursos han tenido un rendimiento en las cuentas de ahorro individual, tiene una vigilancia de la Superintendencia Financiera, así que no vemos el motivo de conformidad para que finalmente el despacho haya acogido las súplicas de la demanda, es por ello que mostramos nuestra total inconformidad, amén que por disposición legal hay una prohibición de este tipo, ya que la ley comporta un término de 10 años para aquellas personas que estén en el régimen de ahorro individual, puedan hacer su traslado al régimen de prima media, en este caso administrado por Colpensiones término que está rebasado en su totalidad y sin embargo, pues la demandante no hizo uso de ese término. Todo ese planteamiento nos lleva a mostrar la inconformidad con el proferido que ordena el traslado de la señora Nancy Elena Rodríguez Rivadeneira con las consecuencias que ello implica para Porvenir S.A. y que de todas maneras le rogaría pues que me conceda la alzada para que sea el juez que atienda el conocimiento en este caso el Tribunal Superior de Riohacha en su Sala respectiva que desata el recurso interpuesto y sustentado en favor de los intereses de Porvenir, no sin antes de mostrar la inconformidad que esa administración la acoge el despacho por vía jurisprudencial porque igual manera el recurso de ese porcentaje que cobra la administradora no puede ser sujeto del envío al régimen de prima media, porque precisamente se causó durante el manejo de los recursos de la cuenta individual de la afiliada. Tenga usted esta inconformidad, estos planteamientos jurídicos para que, como sustento del recurso de apelación, interpuesto y sustentado oportunamente en esta audiencia en el día de hoy contra la sentencia que accedió a las súplicas de la demanda, gracias Juez.”

2.4.2. LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, interpuso el recurso de apelación alegando que:

“(…)presento alegatos de conclusión contra el fallo emitido por este despacho dentro del proceso de la señora Nancy Rodríguez, en lo atinente a la condena en costas que se emitió hoy mismo, en contra de mi representada teniendo en cuenta que es evidente que no existe ningún tipo de responsabilidad por parte de Colpensiones en la decisión que tuvo el afiliado de traslado del régimen, antes no existe un fundamento alguno para que esta administradora impida que sus afiliados en ejercicio de sus derechos fundamentales soliciten el cambio de régimen de prima media a RAIS cuyo caso se presume que dicha solicitud es espontánea y debido a un minucioso estudio hecho por el afiliado, esta administradora no tiene impedimento legal para aceptar dichos traslados los cuales están acumulados en la Ley 797 del 2003, el artículo 2 Literal e, el cual expresa que los afiliados el sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran y una vez efectuado dicha selección, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial y después de la vigencia, perdón, después de un año de vigencia la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando faltare 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, es de tener en cuenta que se decreta la nulidad de la afiliación, pero ese traslado de la señora Nancy Elena Rodríguez Rivadeneira se efectuó ejerciendo el derecho a la libre elección y régimen de manera directa y voluntaria de conformidad como lo establece la ley 100 de 1993 artículo 13 Literal B, esta administradora está impedida legalmente para aceptar este tipo de traslados, por lo cual solicitamos a su señoría se ha aceptado este recurso y en segunda instancia se ha absuelto en la condena en costas, que se emitió por este despacho en primera instancia, muchas gracias.”

2.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

2.5.1. La parte demandante recorrió el traslado, pidiendo la confirmación de la sentencia.

Rdo: 44-001-31-05-002-2019-00052-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY ELENA RODRÍGUEZ RIVADENEIRA
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

2.5.2. LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, atendió el traslado y argumentó que se mantiene en todos y cada uno de los puntos de la contestación de la demanda en primera instancia, suplicando la revocatoria del fallo de primera instancia, alegando que la actora ya cuenta con 60 años, por lo que no es posible trasladarse; que además, la entidad no tiene fundamento alguno, para impedir que el afiliado solicite el cambio del régimen de prima media al RAIS.

Que tampoco existe fundamento legal para la condena en costas, como quiera que la entidad tiene un impedimento legal, para aceptar dicho traslado de manera administrativa.

2.5.3. LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, recorrió el traslado e igualmente pide que se confirme la sentencia de primer grado.

2.5.4. La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., 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 los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR y se surtiera el Grado Jurisdiccional de Consulta respecto de 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.

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

Rdo: 44-001-31-05-002-2019-00052-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY ELENA RODRÍGUEZ RIVADENEIRA
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

judicial que otorga competencia al *ad quem* para revisar los puntos objeto de reparo con el fin de determinar si se comparte la decisión adoptada y surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Debe declararse la ineficacia de la afiliación de la señora **NANCY ELENA RODRÍGUEZ RIVADENEIRA** 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

Rdo: 44-001-31-05-002-2019-00052-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY ELENA RODRÍGUEZ RIVADENEIRA
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

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 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 SL 17447-2017 profundizó sobre ello, aduciendo que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación era insuficiente, en los siguientes términos:

Rdo: 44-001-31-05-002-2019-00052-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY ELENA RODRÍGUEZ RIVADENEIRA
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

“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 <buena 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 SL 17595-2017 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.”

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 revertir o retrotraer, dejando abierta la posibilidad de reclamar una indemnización total de perjuicios por el incumplimiento del deber de información.

Rdo: 44-001-31-05-002-2019-00052-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY ELENA RODRÍGUEZ RIVADENEIRA
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

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 SL 31782-2021 del 3 de marzo de 2021 radicación 68471 MP 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 SL 359-2021, 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 ídem. 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

Rdo: 44-001-31-05-002-2019-00052-01
 Proc: ORDINARIO LABORAL
 Acte: NANCY ELENA RODRÍGUEZ RIVADENEIRA
 Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
 Decid: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

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 carga, el deber de información.

Frente a la evolución normativa del deber de información, la sentencia CSJ SL 1688-2019, de fecha 8 de mayo de 2019 radicación 68838 Magistrada Ponente DRA. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, expuso:

| 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 perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014 Artículo 3. ° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016 | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

Rdo: 44-001-31-05-002-2019-00052-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY ELENA RODRÍGUEZ RIVADENEIRA
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

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 existencia, 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 NANCY ELENA RODRÍGUEZ RIVADENEIRA nació el veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos sesenta y dos (1962) y que cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde el quince (15) de septiembre de mil novecientos ochenta y uno (1981) como servidora pública en el régimen especial administrado por CAJANAL; que posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A., el primero (1º) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996), según consta en los formatos SIAFP⁷, allegado junto con la contestación de la demanda, por parte de PORVENIR S.A.

Como fundamento de las pretensiones alegó la demandante, que PORVENIR S.A. (antes HORIZONTE) no documentó en forma clara y suficientemente los efectos que acarrearía el cambio de régimen, pues no se delimitó los alcances positivos y negativos que ello traería; que la entidad se limitó a promocionar su producto, sin distinguir o asesorar la diferencia que resultaría en cada uno de los regímenes existentes, la diferencia en la aplicación de los pagos de los aportes y las implicaciones y las conveniencias o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de cambio.

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

⁷ Páginas 76 y 77 del archivo No. 16 del Cuad. 1ra. Inst.

Rdo: 44-001-31-05-002-2019-00052-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY ELENA RODRÍGUEZ RIVADENEIRA
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

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 SL 4964-2018) 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 trabajador en el cual expusiera en forma clara y suficiente, 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 SL 1055-2022 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 SL 5686-2021 y SL 5688-2021, 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 SL 249-2022 y SL 259-2022. 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.

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,

Rdo: 44-001-31-05-002-2019-00052-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY ELENA RODRÍGUEZ RIVADENEIRA
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

con sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES.

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

Basta agregar que, la devolución de rendimientos y cuotas de administración, necesariamente conlleva el regreso del capital que contenga los frutos, intereses, incluidos los rendimientos que se hubiesen generado como lo dispone el artículo 1746 del C.C., aunado a los citados conceptos, dado que de no hacerse se generaría un detrimento patrimonial que afectaría la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, luego no es de recibo el argumento correspondiente a que la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena ejecución y función de la administradora, pues precisamente bajo el principio de la transparencia se impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, 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, circunstancia que aquí no ocurrió.

Ahora, en lo que respecta a la inconformidad por la condena en costas, invocada por COLPENSIONES, debe indicarse sin mayores argumentaciones 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, suma que deberá ser liquidada por el funcionario de primer grado, conforme lo señala el artículo 366 del CG de P.

3.5.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

Rdo: 44-001-31-05-002-2019-00052-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY ELENA RODRÍGUEZ RIVADENEIRA
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

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 tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, en el proceso ordinario laboral adelantado por **NANCY ELENA RODRÍGUEZ RIVADENEIRA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.** 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: 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: **f2eec36bd2707e08e3261de15308a27f7ea3186cf3fc4570d467410e744086ed**

Documento generado en 24/10/2023 03:16:06 PM

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