



SUPERIOR DE 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	44001-31-05-001-2019-00105-01
DEMANDANTE	NANCY JOSEFA ORTIZ GAMEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
VINCULADA	CAJA DEPARTAMENTAL DE LA GUAJIRA

Riohacha, siete (07) marzo de dos mil veintitrés (2023)

(Proyecto discutido y aprobado en Sala de la fecha, según Acta N° 014)

1. ASUNTO POR RESOLVER.

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza la Ley 2213 de 2022 artículo 13 numeral 1º, en la que se decide el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación formulados por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** - contra la sentencia dictada en audiencia pública por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, el 20 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario que adelantó la señora **NANCY JOSEFA ORTIZ GÁMEZ** contra las apelantes y vinculada la **CAJA DEPARTAMENTAL DE LA GUAJIRA**.

2. ANTECEDENTES.

2.1. La demanda.

NANCY JOSEFA ORTIZ GÁMEZ mediante apoderado judicial, instauró proceso ordinario Laboral de Primera Instancia, pretendiendo se dejara sin efectos la afiliación realizada en la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR** - y se obligue a la referida entidad a trasladar las cotizaciones con los efectos económicos a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**.

Rdo: 44001-31-05-001-2019-00105-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY JOSEFA ORTIZ GAMEZ
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

Como soporte de su pretensión refirió que laboró en el Departamento de la Guajira desde el 28 de febrero de 1975 como empleada, y desde ese tiempo se afilió en el extinto Instituto de los Seguros Sociales ISS; que en el mes de julio de 1998 fue abordada por una asesora de Porvenir SA, que le ofreció afiliarla al fondo, a través de información falsa que vició su consentimiento.

La información “*especifica*” y “*detallada*” fue ofrecida el pasado mes de octubre de 2017, cuando se acercó a PORVENIR a cuestionar por su expectativa pensional creyendo que las condiciones de cotización eran las mismas a la del ISS. No obstante, ese día le informaron que luego de haber devengado en toda su vida laboral 5 SMMLV, su pensión no sería reconocida con una tasa de reemplazo del 75% del promedio devengado en los últimos 10 años, sino del 42,91%, cuya mesada no sería vitalicia, sino hasta el tope de sus ahorros; por lo anterior concluyó que la asesoría comercial brindada en PORVENIR fue falsa y premeditada a inducirla en error.

Concretamente la asesora le indicó: “*(i) que el reconocimiento se haría de manera más rápida que en el ISS, con el mismo tiempo de servicios y edad, (ii) que el ISS, como administrador de pensión iba a desaparecer conjuntamente con las pensiones públicas administradas por el Estado y por ende las personas que estuviesen en dicha entidad quedaban automáticamente sin pensión, (iii) que no iba haber desmejoramiento en las condiciones pensionales, toda vez que PORVERNIR, reconocía la pensión en los mismo montos y a veces superiores que el ISS y con los mismos privilegios, las mismas primas y de manera vitalicia, (iv) que prácticamente las condiciones de cotización y pensiones serían las mismas, con las excepción que la pensión en este caso no la reconocía el ISS sino Porvenir*”

Consideró que la asesoría brindada por la demandada fue escueta, imprecisa y superflua, pues se le manifestó que PORVENIR representaba mejores beneficios, pero nunca se “*particularizó, ni realizó explicación alguna en cuanto a una proyección lógica de cómo sería resuelta hacia el futuro la situación pensional de mi poderdante y en especial en lo económico*”.

2.2. TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

2.2.1. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES¹, a través de apoderada contestó la demanda, se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló como excepciones de mérito las que denominó COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, BUENA FE e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS y la que el Juzgado encuentre probada.

¹ Folio 53 y siguientes del cuaderno de primera instancia

Rdo: 44001-31-05-001-2019-00105-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY JOSEFA ORTIZ GAMEZ
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

2.2.2. La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, se defendió y precisó que el traslado de régimen del actor en el año 1998 se realizó de forma libre e informada, luego de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión sobre el funcionamiento del RAIS e indicarle las condiciones pensionales tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación Nro. 1065276 *“en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 documento que se presume auténtico (...) en el cual expresó “hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado de forma libre espontánea y sin presiones. Manifiesto que he elegido al fondo de pensiones Porvenir SA para que administre mis aportes pensiones y solicito traslado de los valores a que tenga derecho la anterior entidad administradora. Así mismo que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos”*

Agregó que nunca omitió detalle de las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que se le brindó asesoría pertinente, para que la decisión de la demandante fuera libre, voluntaria e informada, de suscribir el formulario de afiliación a la AFP, razón por la que el traslado se considera válido dentro de los términos establecidos por el artículo 60 de la ley 100 de 1993.

Argumentó que, al tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones, tanto en el régimen de prima media con prestación definida, como en el régimen de ahorro individual con solidaridad, se encuentran establecidos en su totalidad por la ley, sin que le esté dado a las partes pactar condiciones distintas.

Además, que siempre garantizó el derecho de retracto tal y como lo dispuso el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993 y la modificación introducida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 9800 del mismo año.

Que la accionante *“nunca expresó inconformidad alguna por ausencia de información o solicitó el traslado de régimen en los tiempos establecidos para ello, pero ahora que se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, argumenta a priori que fue engañada, sin probar tal afirmación”*. Por tanto, consideró haber obrado de buena fe conforme las normas vigentes tanto para el momento de la afiliación.

Propuso los siguientes medios exceptivos que denominó de PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN y la EXCEPCIÓN GENÉRICA.

2.2.3. La CAJA DEPARTAMENTAL DE LA GUAJIRA, alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, como quiera que lo pretendido por el accionante es la

Rdo: 44001-31-05-001-2019-00105-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY JOSEFA ORTIZ GAMEZ
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

declaración de nulidad del traslado de régimen; y agregó frente a su vinculación que *“si bien la demandante afirma que cotizó desde el mes de septiembre de 1998 hasta noviembre de 1999 en la extinta Caja Departamental de Previsión Social de la Guajira, hoy a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Departamento de la Guajira, se tiene acreditado que desde 1975 al hoy demandante se afilió al ISS, lo que indica que hasta la fecha de su traslado efectivo a la AFP Porvenir el dinero producto de sus cotizaciones fue administrado por el ISS.”*

2.2.3. La audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación de litigio, se llevó a cabo el 20 de enero de 2022.

2.3. SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

La Juez de conocimiento profirió sentencia, el veinte (20) de abril de dos mil veintidós (2022), en la que absolvió a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. En consecuencia, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante del ISS hoy COLPENSIONES a PORVENIR S.A.; ordenó a PORVENIR que en el término de 3 meses trasladara a la accionante a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del actor junto con todos los rendimientos que se hubieren causado; ordenó a COLPENSIONES realizar la afiliación de la accionante al régimen de prima media con prestación definida, y a recibir los aportes trasladados por PORVENIR.

Sustentó su decisión indicando que la demandante no tuvo claridad respecto del acto jurídico que llevó a cabo, y ello vició su consentimiento, ya que la administradora pensional *“no suministrar información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria debe entregarse al público, a los usuarios, y a los clientes de las entidades vigiladas para que éstos puedan tomar decisiones debidamente informados y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o que puedan llegar a vincular con aquellas. Por ende, surge como una de sus obligaciones, la de suministrar a los usuarios de sus servicios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizan, de suerte que les permitan a través de los elementos claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado, mandatos éstos que posteriormente fueron desarrollados con mayor precisión a través de la Ley 795 de 2003 quedando claro que el deber de información a los usuarios de las administradoras tiene por objeto la toma de decisiones informadas, es decir, estar precedidas de una labor de asesoría y educación adecuada en beneficio de los intereses de aquel y no del fondo”.*

Por ende a juicio de la juzgadora, la sola suscripción del formato de afiliación por parte del usuario, por más de que este contenga una cláusula en el que se afirme que la decisión adoptada fue libre y voluntaria, no puede entenderse de tal manera si de manera previa mediante el *“acto de vinculación que es el que se materializa con la firma del formulario, no se acredita que se asesoró debidamente al potencial cliente sobre los beneficios y consecuencias de su decisión, pues de lo contrario no podría predicarse que el acto de selección del régimen fue debidamente informado y por ello libre y voluntario”.*

Rdo: 44001-31-05-001-2019-00105-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY JOSEFA ORTIZ GAMEZ
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

Que la carga de la prueba en este caso, radicaba en la administradora pensional, ya que son ellas las encargadas de documentar las decisiones individuales de sus afiliados y las novedades. Finalmente denegó la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.

2.4. DE LA APELACIÓN.

2.4.1. Para PORVENIR resulta inverosímil alegar una nulidad del traslado de régimen 24 años después de haber ocurrido tal; además que en su sentir no existió el error argumentado en la sentencia ya que no es posible establecer cual de los dos regímenes es más benéfico, y por ende coexisten en el ordenamiento jurídico; agregó que en este caso la ignorancia de la ley no sirve como excusa, y por ende no le era dable alegarla a la demandante.

Que en el evento de prosperar la pretensión las únicas sumas a retornar eran los aportes y rendimiento de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional conforme concepto 20191522169003000 del 17 de enero de 2000, ni la comisión de administración, lo cual configuraría un enriquecimiento ilícito a favor de la demandada, máxime cuando el literal b del artículo 113 de la ley 100 de 1993 menciona cuales son los rubros que se deben trasladar.

Solicitó absolucón por condena en costas, como quiera que no ha incumplido con su deber legal.

2.4.2. COLPENSIONES aseguró que en este caso no se cumplen los requisitos previstos en el artículo segundo literal g de la Ley 797 de 2003, como quiera que la actora no podía trasladarse de régimen al faltarle “*3 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión*”; además que no podía impedirles a sus afiliados el traslado ya que son autónomos para ello, por lo que en su concepto no podía cargar con el error ajeno.

2.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Para PORVENIR SA no se acreditó ni la nulidad ni la ineficacia alegada ya que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según lo preceptuado en los artículos 243 y 244 del CGP, y que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la ley 100 de 1993, esto es, que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el documento, no fue tachado ni desconocido, como lo disponen los artículos 246

Rdo: 44001-31-05-001-2019-00105-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY JOSEFA ORTIZ GAMEZ
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

y 272 respectivamente; además que la presunta irregularidad estaría saneada conforme los indican los artículo 1742 y 1743 de la referida normatividad. Agregó que siempre garantizó el derecho de retracto.

Indicó que *“mi representada en de (sic) manera palmaria, cumplió con la carga procesal impuesta (...), en la medida que aportó los documentos que tenía su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a mi representada producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual se reitera es un documento que se presume autentico, sino se insiste, con la conducta del afiliado, en el régimen de ahorro individual y permite el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.”*

Reiteró las razones expuestas en la contestación de la demanda, y en la apelación y concretamente solicitó la revocatoria del fallo vapuleado.

Por su parte COLPENSIONES no alegó de conclusión, y la parte demandante deprecó la confirmación del fallo de instancia.

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 parte demandada y se surtiera el grado jurisdiccional de consulta, 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 el demandante cumplió con la exigencia del artículo 6 C. P. del T. y de la S. S., porque hizo la reclamación administrativa ante el fondo de pensiones; adicional se observa la debida integración de la Litis, pues se constituyó como parte la Agencia Nacional Para la Defensa Jurídica del Estado, pese a que esta no se pronunció.

3.1. COMPETENCIA.

Rdo: 44001-31-05-001-2019-00105-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY JOSEFA ORTIZ GAMEZ
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

Se conoce del proceso con el objeto de resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las demandadas 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 demandante señora **NANCY JOSEFA ORTIZ GÁMEZ** 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 afiliado el demandante, al **RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA**, administrado por el demandado **COLPENSIONES**?

3.3. FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

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.

La misma sentencia aclaró que en el caso de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, tuvieran 35 años o más si son mujeres, o 40 si son hombres, estas pueden trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, salvo que les falte

Rdo: 44001-31-05-001-2019-00105-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY JOSEFA ORTIZ GAMEZ
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, evento en el cual no podrán ya trasladarse,

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.”*

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.”

3.4. Del Caso Concreto

Es claro para la sala que lo solicitado por el demandante, en el presente caso es la declaratoria de ineficacia de su afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para en últimas regresar al Régimen de Prima Media y considera la Sala oportuno estudiar cuales son los eventos bajo los cuales puede darse el cambio de régimen pensional, bajo 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; para el caso *sub examine*, no opera este precepto normativo, pues la señora Ortiz, tenía 63 años al momento de requerir los fondos para que surtiera el traslado, excedía en 7 años el requisito de la edad mínima para solicitar el derecho a la pensión de vejez.

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). Este evento tampoco es satisfecho por la demandante puesto que revisado el plenario no contaba con 750 semanas al 1 de abril de 1994.

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. Criterio 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.

En cuanto a la carga probatoria, esta 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, contrario sensu, le es más difícil al afiliado encontrar los medios para su demostración, por lo cual el máximo órgano de cierre ha permitido en estos eventos la redistribución de la carga de la prueba, atribuyéndole tal a quien tenía a su carga el deber de información.

En el presente asunto se tiene que Nancy Josefa nació el 23 de febrero de 1955, y que cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde 1975 a septiembre de 1998 toda vez en ese último mes se afilió al RAIS en el Fondo de Pensiones Porvenir.

Alegó el demandante que el fondo accionado previo al traslado le indicó respecto a su anhelo pensional lo siguiente: “(i) que el reconocimiento se haría de manera más rápida

Rdo: 44001-31-05-001-2019-00105-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY JOSEFA ORTIZ GAMEZ
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

que en el ISS, con el mismo tiempo de servicios y edad, (ii) que el ISS, como administrador de pensión iba a desaparecer conjuntamente con las pensiones públicas administradas por el Estado y por ende las personas que estuviesen en dicha entidad quedaban automáticamente sin pensión, (iii) que no iba haber desmejoramiento en las condiciones pensionales, toda vez que PORVERNIR, reconocía la pensión en los mismo montos y a veces superiores que el ISS y con los mismos privilegios, las mismas primas y de manera vitalicia, (iv) que prácticamente las condiciones de cotización y pensiones serían las mismas, con las excepción que la pensión en este caso no la reconocía el ISS sino Porvenir”.

En consecuencia le correspondía al Fondo demostrar lo contrario y ello no ocurrió, pues acompañó a este proceso únicamente la prueba documental relacionada con la afiliación de la actora a ese fondo privado, pero no se evidencia que hubiese suministrado la información completa y comprensible, orientándola sobre las consecuencia de la elección del régimen pensional, con la ilustración suficiente de la diferentes alternativas, con sus beneficios y desventajas; en decir la información suministrada por el Fondo no se acompasó a los términos exigidos por la jurisprudencia de la Corte.

Valga precisar que la manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación, no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir el suministro de la información adecuada y veraz, como lo manifestó el fondo en su recurso, puesto que dichas expresiones al tenor de la Corte, son genéricas y no satisfacen el referido deber.

Por ende, al no advertirse cumplido el antecedente requisito legal, se concluye que resulta ineficaz el traslado que realizara la demandada.

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 inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además

Rdo: 44001-31-05-001-2019-00105-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY JOSEFA ORTIZ GAMEZ
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

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.”

Se aclara al fondo recurrente que en este caso operó la ineficacia del acto jurídico, debido a que se omitió el requisito de información, que es relevante de cara a la constitución del acto jurídico de traslado, además que, como lo ha dicho la Corte en reiterada jurisprudencia, exigirle al afiliado una prueba es un despropósito, en la medida que no haber recibido información suficiente corresponde a un supuesto negativo indefinido, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite, que cumplió con esta obligación.

No son de recibo los dichos de la apelante en torno a la insinuación que el afiliado tuvo la oportunidad para trasladarse cuando aún le faltaban más de 10 años para cumplir la edad de pensión, ni cualquier otro en esta vía; pues aunque cierto, debe tenerse en cuenta que tal como lo señala la demandante, la misma causa para afiliarse al RAIS le impidió ver hasta cuando ya era tarde que no le convenía; de suerte para el afiliado que los derechos conculcados son de raigambre constitucional, de naturaleza pública, por ende irrenunciables e imprescriptibles.

No es cierto que al fondo de pensiones accionado se le estén imponiendo cargas no contempladas en el ordenamiento jurídico al momento de la celebración del acto, ya que, según la normativa de la seguridad social vigente al momento del traslado, les asistía a las Administradoras de Fondos de Pensiones el deber de información consagrado en los artículos 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993², deber que, como ampliamente se ha referido, no fue cumplido por la demandada.

Frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado en sentencia con radicación 31989 de 8 de septiembre de 2008 la Sala de Casación Laboral de 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

² Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.

Rdo: 44001-31-05-001-2019-00105-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY JOSEFA ORTIZ GAMEZ
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Por lo que, para efectos de esta sentencia los porcentajes aludidos por el apelante, cuentas de ahorro individual, gastos de administración prima de reaseguro FOGAFIN, primas de reaseguro invalidez y muerte, deben asumirse como gastos de administración junto con las comisiones, por lo cual ni éstas, ni ninguna otra que no se enuncien dentro de esta sentencia puede ser deducidas por el demandado PORVENIR S.A; debiendo reintegrar íntegramente y debidamente indexadas las sumas recaudadas en favor de la afiliada demandante, esto último para evitar la pérdida del poder adquisitivo de los recursos destinados a pensiones conforme lo manda el artículo 48 de la C.P.

Subsumidas dentro de las consideraciones anteriores se encuentran los reparos de la demandada **COLPENSIONES**.

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.

Finalmente verificados los demás puntos considerados en la sentencia proferida en primera instancia, la misma se encuentra conforme derecho lo que conllevará inexorablemente a confirmarla con la consabida condena en costas a la parte que le resulta desfavorable el recurso (art. 365-1 C. G. del P.).

Sobre la inconformidad por la condena en costas, debe indicarse que las mismas se componen de conformidad con el artículo 361 del CGP por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el proceso y por las agencias en derecho, las cuales deberán ser liquidadas conforme el artículo 366 ibídem y una vez aprobada la liquidación de costas, nace a la vida jurídica la posibilidad de controvertirlas, interponiendo los recursos de Ley, no antes, motivo por el cual, no será atendido dicho reparo.

Costas a cargo de la parte que le resulta desfavorable el recurso (art. 365-1 C. G. del P.).

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,

Rdo: 44001-31-05-001-2019-00105-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: NANCY JOSEFA ORTIZ GAMEZ
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veinte (20) de abril de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, en el proceso ordinario laboral adelantado por **NANCY JOSEFA ORTIZ GÁMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y vinculada **LA CAJA DEPARTAMENTAL DE LA GUAJIRA**, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a los demandados recurrentes, ante el resultado del recurso interpuesto. Como agencias en derecho se fija el equivalente a 1 salario mínimo legal mensual, (1/2 SMLMV a cargo de cada uno de los apelantes) el cual tendrá en cuenta el a quo al momento de elaborar la liquidación de las costas, como 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.

CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ.
Magistrado.

Firmado Por:

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

Carlos Villamizar Suárez
Magistrado
Sala 002 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: **f72a3b55dde6c083e952ad3edcbbaa4b42f22ceef3781160351659437221297f**

Documento generado en 07/03/2023 11:26:36 AM

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