



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

Riohacha, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ROBERTO ORTIZ ARCINIEGAS

| | |
|---------------------------|---|
| ACCIÓN: | PROCESO ORDINARIO LABORAL – LEY 1149 DE 2011 |
| PROVIDENCIA | SENTENCIA |
| DEMANDANTES: | HIMELDA REBECA CABAS DAZA |
| DEMANDADOS: | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES - UGPP |
| JUZGADO DE ORIGEN: | JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE RIOHACHA, LA GUAJIRA |
| TEMA: | INEFICACIA AFILIACIÓN A AFP |
| RADICACIÓN: | 44-001-31-05-001-2019-00167-01 |

Aprobado mediante **Acta No. 049** de quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, HENRY DE JÉSUS CALDERÓN RAUDALES y LUIS ROBERTO ORTIZ ARCINIEGAS, quien preside en calidad de ponente, profiere sentencia escrita conforme a la Ley 2213 de 2013 con fundamento en el art. 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el art. 624 del C.G.P., toda vez que los recursos interpuestos deben ser tramitados conforme a las leyes vigentes al momento de su interposición.

Se observa además que se ha surtido el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, con el fin de resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta y el recurso de apelación interpuesto por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES frente a la sentencia dictada el quince (15) de noviembre de dos mil veintidós (2022) proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, en el proceso de la referencia.

Por disposición de los artículos 279 y 280 del C.G.P., esta sentencia será motivada de manera breve.

1. ANTECEDENTES

1.1. DEMANDA

HIMELDA REBECA CABAS DAZA elevó demanda a través de la cual afirmó que nació el 27 de junio de 1962, comenzó su vida laboral en 1991 en calidad de trabajadora dependiente, afiliándose en pensiones a CAJANAL en liquidación, hoy UGPP.

Manifestó que el 18 de septiembre de 2003, fue trasladada de régimen al fondo de pensiones HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS hoy PORVENIR PENSIONES Y CESANTIAS, fecha en la cual los ejecutivos de ventas, le expresaron que *“si se pasaba o se trasladaba a este fondo de pensiones tendría mejores garantías ya que ellos lo pensionarían con mejor rentabilidad y que tendría liquidación de pensión por anticipado incluso con mejores beneficios y salía pensionado a los 55 años, teniendo en cuenta el I.B.C. y con una pensión mínima de \$3.000.000., no importando la edad”*

Indicó que los asesores comerciales de HORIZONTE hoy PORVENIR PENSIONES Y CESANTIAS, al realizar el traslado nunca revisaron los derechos adquiridos con los contaba sobre el régimen de transición, le ofreció pensiones con unos beneficios que jamás podrían cumplir y nunca le proporcionaron una información completa y comprensible, a fin de ilustrarlo en las diferentes alternativas que pudiera tener, ya hubiera sido con sus beneficios e inconvenientes, respecto a los dos regímenes pensionales existentes.

Con fundamento en lo anterior, pretendió que se declarara la nulidad del traslado que la demandante efectuó del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ante la AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. y se declare que al momento del traslado de régimen pensional nunca le proporcionaron una información completa y comprensible sobre una elección de régimen pensional; en consecuencia se declare que la única afiliación válida al régimen de pensiones que ha tenido la actora, ha sido la efectuada al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por COLPENSIONES.

En línea con lo anterior, solicitó fallar extra y ultra petita, condena en costas y agencias en derecho al extremo demandado.

1.2. CONTESTACION

1.2.1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Adujo que no es procedente la declaración de nulidad del traslado debido a que la demandante voluntariamente solicitó el traslado de régimen pensional, se opuso al éxito de cada una de las pretensiones del extremo actor, propuso como excepciones de mérito las que denominó:

i) Cobro de lo no debido; ii) falta de causa para demandar; iii) buena fe; iv) imposibilidad de condena en costas.

1.2.2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

Contestó la demanda afirmando que brindó la asesoría pertinente, clara y oportuna para que la decisión de la parte demandante de suscribir los formularios de afiliación fuera libre, voluntaria e informada, razón por la cual el traslado y la posterior vinculación se consideran válidos, se opuso a todas y cada una de las pretensiones y formuló como excepciones:

i) prescripción; ii) buena fe; iii) inexistencia de la obligación; iv) compensación; v) excepción genérica.

1.2.3. UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES - UGPP

Contestó la demanda manifestando oponerse a todas y cada una de las pretensiones planteadas en la demanda, pues no le asiste razón al demandante para solicitar el traslado al Régimen de Prima Media por no cumplir con los requisitos legales, y porque no le corresponde reconocer la pensión de vejez, planteó como excepciones de fondo, las que denominó:

i) Falta de legitimación en la causa por pasiva; ii) inexistencia de la obligación; iii) prescripción.

2. SENTENCIA DE PRIMER GRADO

La juez de primera instancia encontró reunidos los presupuestos procesales, planteó como problema jurídico, *“...establecer si debe declarar la nulidad de la afiliación del demandante a **PORVENIR S.A** por vicio en el consentimiento y si en consecuencia, debe ordenarse a **COLPENSIONES** que acepte al actor como su afiliado recibiendo todos los aportes realizados al RAIS.”*

Seguidamente procedió a realizar un estudio de la nulidad del acto jurídico y consentimiento libre e informado. Trajo en su apoyo el artículo 167 del C.G.P., para explicar que la carga de la prueba de demostrar el consentimiento informado es atribuida a las Administradoras de Pensiones, en su apoyo citó precedente de esta Corporación para soportar su postura.

Consideró que PORVENIR S.A. no cumplió con su deber legal de brindarle a la 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 evidenció un asesoramiento sobre las condiciones en que podría acceder a la mesada pensional en dicho régimen.

Precisó que *“la anterior conclusión no se desvirtúa por el hecho de que la asegurada haya firmado el formulario de vinculación en el que se plasma que su voluntad de afiliación al régimen de ahorro individual se dio en forma libre, espontánea y sin presiones, porque esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”*.

En lo que atañe a la PRESCRIPCIÓN, señaló que *“los derechos que se relacionan directamente con el derecho pensional, tampoco están afectados por el fenómeno de la prescripción, estando afectados en cada caso las mesadas o reajustes, siendo el caso de la reliquidación de la pensión, del bono pensional, del pago de los aportes al sistema general de pensiones, dado que su configuración es un proceso complejo que depende del cumplimiento de ciertos requisitos”*.

En consecuencia, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora HIMELDA REBECA CABAS DAZA hizo del CAJANAL a la Administradora de Pensiones y Cesantías HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., que en el término improrrogable de 3 meses, proceda a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, junto con los rendimientos que se hubieren causado durante el tiempo que estuvo afiliado a dicha fondo.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, realizar la afiliación de la señora HIMELDA REBECA CABAS DAZA al régimen de prima media con prestación definida y a recibir los aportes que serán trasladados por PORVENIR S.A., esto es, no solo el ahorro efectuado, sino también sus rendimientos.(...)”

3. RECURSO DE APELACIÓN

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Sustentó su recurso en los siguientes términos:

“En cumplimiento de la ley 797 de 2003, artículo 2 literal e, los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran y dado los efectos estos solo podrán trasladarse de régimen una sola vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, después de un año de vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; además es importante tener presente que según la circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia estableció que cuando el afiliado decida trasladarse de régimen o de administradoras expresará su voluntad en el diligenciamiento del formulario correspondiente ante el empleado de la entidad administradora de conformidad con las disposiciones vigentes en el particular.

En virtud de lo anterior su señoría, el traslado que realizó la señora HIMELDA REBECA CABAS DAZA se efectuó ejerciendo su derecho a libre elección y régimen de manera directa y voluntaria de conformidad a lo establecido en la ley 100 de 1993 artículo 13 literal b; solamente existiendo esta voluntad se da por perfeccionado este traslado a voluntad de la señora demandante por lo que solicitó a su señoría que acepte mi recurso de apelación y en segunda instancia al Tribunal Sala Civil Familia Laboral sea revocada y absuelta mi representada de todas y cada una de las pretensiones que se encuentran en el traslado de la demanda”.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA

A través de proveído adiado el trece (13) de febrero de dos mil veintitrés (2023), se admitió el Grado Jurisdiccional de Consulta y en el efecto suspensivo el recurso de apelación formulado por ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES, contra la providencia de quince (15) de noviembre de dos mil veintidós (2022), dictada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha – La Guajira. Asimismo, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión en esta instancia, las cuales se pronunciaron así:

4.1. PARTE DEMANDANTE

Manifestó que:

“no existe prueba alguna aportada dentro del proceso donde la accionada (quien tiene la carga de la prueba) haya cumplido con los parámetros del decreto 1161 de 1994, es decir informar por escrito a sus potenciales afiliados el derecho de retractarse, igualmente hay que recordarle que con la proyección pensional propuesta por la demanda es claro que hay un daño a la vida en relación y más aún cuando la señora Himelda Rebeca Cabas Daza a la fecha reúne los requisitos de edad y tiempo de servicio para pensionarse, lo cual buscan materializar con alegatos y normas que solo hacen daño a las personas de bien, lo que exigen es garantías a sus derechos pensionales, que con su actuar lo que buscan es crear pruebas para generar dudas, en busca de exonerar a las partes y buscar dentro de los testimonios la mínima palabra favorable a sus pretensiones y de esa forma legalizar una afiliación que lo único que ha logrado es quebrantar los principios a la vida en relación, Una falsa expectativa de vida, Promesas que nunca se irán a cumplir y Vicios de consentimiento”.

En consecuencia, solicitó la confirmación de la providencia de primer grado.

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

En resumen, solicito revocar en su integridad la sentencia de primera instancia para en su lugar se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, en consideración a que no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

Añadió que, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, adujo que de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del citado código, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado.

4.3. UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES - UGPP

Solicitó en resumen que se confirme en su integridad la sentencia de primer grado, bajo el siguiente argumento:

(...) En ese orden de ideas, y como quiera que lo que se persiguió con la demanda que nos ocupa, es que el traslado de la parte actora del RPM al RAIS fuera dejado sin efectos, por cuanto la AFP, no cumplió con el deber de información y buen consejo que de conformidad a la jurisprudencia citada con precedencia le asistía, es preciso indicar que, tal y como consideró el Despacho de primera instancia, NO tiene la entidad a la cual representamos responsabilidad alguna, en el tratamiento que éstas hayan dado al trámite administrativo de traslado, en ese orden de ideas, es preciso indicar que de conformidad a la jurisprudencia traída a colación con anterioridad, es claro que le asistía a la entidad AFP, la carga de demostrar a través de los medios idóneos y pertinentes que durante el trámite administrativo de traslado, brindó a la parte demandante toda la información que le permitiera conocer las consecuencias que se derivarían de su afiliación con dicha entidad y consecuente traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al cual pertenece”.

4.4. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PARTE DEMANDANTE

No presentó alegatos en esta instancia.

5. CONSIDERACIONES.

Preliminarmente debe señalarse que se encuentran reunidos los presupuestos para resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primer grado por parte de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ante lo cual, se colige que el interés jurídico de la consulta para el presente caso, es la tutela del interés público, y esta desata al fallador de segunda instancia, otorgándole la potestad de revisar la sentencia en su integridad, despojando de las reglas propias del recurso de apelación, en cuanto al principio de consonancia (art. 66A C.P.T. y S.S.).

De otro lado, los presupuestos procesales se encuentran satisfechos, situación que permite proferir una decisión de fondo. Además, no se evidencia causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

Examinado el proceso, se establece, que la demandante cumplió con la exigencia del artículo 6 C. P. del T. y de la S. S., porque hizo la reclamación administrativa ante el fondo de pensiones; adicional se observa la debida integración de la Litis, pues se constituyó como parte la AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, pese a que esta no acudió.

5.1. COMPETENCIA

Arriba al conocimiento de esta Sala el presente proceso con el objeto de resolver el recurso de apelación interpuesto por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES contra la sentencia de primera instancia, tarea judicial que otorga competencia al *ad quem* para revisar los puntos objeto de reparo con el fin de determinar si se comparte y además surtir el grado jurisdiccional de consulta.

5.2. PROBLEMA JURIDICO

Corresponde determinar si debe declararse la nulidad de la afiliación de la demandante HIMELDA REBECA CABAS DAZA y en consecuencia ordenar el traslado del régimen ahorro individual con solidaridad, administrado por 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 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

5.3. FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA SOBRE TRASLADO DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL CASO DE BENEFICIARIOS DEL

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN (Corte Constitucional, Sentencia SU 130 de 2013, M.P. Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO)

“Todos los usuarios del SGP, incluidos los sujetos del régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios, pueden elegir libremente entre el régimen de prima media o el régimen de ahorro individual, conservando la posibilidad de trasladarse entre uno y otro, en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, tal como fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es decir, cada cinco años contados a partir de la selección inicial y siempre que no les falte menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Sin embargo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición, en los términos de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004. Para tales efectos, la única condición será trasladar al régimen de prima media todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en aquél régimen.”

...

“Con el propósito de aclarar y unificar la jurisprudencia Constitucional, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición”.

ACERCA DE LA OMISIÓN DE CUMPLIR LOS FONDOS DE PENSIONES, CON SU OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR UNA INFORMACIÓN COMPLETA Y COMPRENSIBLE (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad No.33083, sentencia de 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN)

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

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés

propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales".

EL DILIGENCIAMIENTO DEL FORMULARIO DE AFILIACIÓN NO SUPLE EN MANERA ALGUNA EL DEBER DE INFORMACIÓN (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1501-2022, sentencia de 27 de abril de 2012, radicación 90780, M.P. Dr. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ)

Expresó:

"(...)

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «consentimiento» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la validez, para, en su lugar, centrar el análisis en el «deber de información y buen consejo» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no sule en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia."

FRENTE AL DEBER DE INFORMACIÓN COMO REQUISITO DE EFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL1055-2022, sentencia de 2 de marzo de 2022, radicación 87911, M.P. Dr. IVAN MAURICIO LENIS GÓMEZ):

“Adicionalmente, ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para verificarse el deber de información la persona afiliada tenga que ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o esté próxima a consolidar el derecho pensional. Lo anterior porque la ineficacia se predica frente al acto jurídico de traslado considerado en sí mismo y para ello únicamente debe verificarse si dicho requisito para su eficacia se cumplió o no (CSJ SL142-2018, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 reiteradas recientemente en CSJ 2208-2021).”¹ Subrayado fuera de texto

SOBRE LA MANIFESTACIÓN LIBRE Y VOLUNTARIA (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL17595-2017, sentencia de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, M.P. Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA)

“Aquí y ahora, se recuerda que no es dable argüir que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.”

SUBREGLAS PROCEDENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL, ANTE INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN POR LOS FONDOS PRIVADOS (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL17595-2017, sentencia de 3 de abril de 2019, radicación 68852, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO)

Trae a colación una serie de subreglas que respaldan la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ante la falta de prueba que acredite el cumplimiento del deber de información por los fondos privados de pensiones.

Entre otras, contempla que: “(...) el deber de información consagra cada vez más un mayor nivel de exigencia, es así como identificó tres etapas, conforme a las normas que han regulado el tema, las cuales clasifica en tres periodos a saber: i) desde 1993 hasta 2009; ii) desde de 2009 hasta 2014 y, iii) de 2014 en adelante. (...)”. De acuerdo con ello, expone el avance y desarrollo de la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones de suministrar información necesaria y transparente, de asesoría, buen consejo y doble asesoría.

Precisó que antes de surtirse el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, la administradora privada de pensiones tiene el deber de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, entre ellas, la pérdida del régimen de transición.

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

Aclaró que “ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”.

La sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. En el caso de los afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, “(...) esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (...)”

De otro lado, (...) La Corte en la sentencia CSJ SL5630-2019, entre otras, determinó en qué casos existe ineficacia en la afiliación, precisando que tal figura opera cuando quiera que:

i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”

5.4. CASO CONCRETO

Preliminarmente se precisa que pretende la demandante la declaratoria de ineficacia de la afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A., para regresar al Régimen de Prima Media administrado actualmente por COLPENSIONES, por lo que resulta imperioso estudiar cuáles son los eventos bajo los cuáles, puede acaecer el cambio de régimen pensional, de acuerdo a los parámetros constitucionales, jurisprudenciales y legales previamente descritos, siendo los siguientes:

- 1. En cualquier tiempo, cada 5 años y siempre y cuando no le falte 10 o menos para alcanzar la edad de pensión.*
- 2. En cualquier tiempo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones al 1 de abril de 1994), estos pueden cambiarse de régimen en cualquier tiempo.*
- 3. En cualquier tiempo, si la información proporcionada para la afiliación no fue veraz y suficiente. Este criterio fue desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en aplicación de normas de carácter civil, y de la seguridad social, criterio que pasara a verificarse en el caso del demandante.*

Para determinar si los fondos privados demandados cumplieron con el deber de información, resulta pertinente traer a colisión la línea jurisprudencial desarrollada por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencias anteriormente citadas, en concordancia con el artículo 1604 del C.C., ha establecido que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y, a cuyo cargo estaba el deber

de suministrar la información suficiente y completa al afiliado, acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

Así pues, la negligencia en que eventualmente incurren las administradoras de pensiones, al no suministrar la información adecuada y precisa al afiliado, recae en la eficacia del acto, dado que con la omisión o la defectuosa información se ha inducido en error al afectado.

Valga decir, que en curso del proceso ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. no cumplieron con la carga que se les impone, esto es, acreditar haber transmitido a la parte actora la información concreta y cierta, acerca de la implicación del traslado de régimen pensional.

Con relación a la evolución normativa del deber de información en este tipo de procesos, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1688-2019, 8 de mayo de 2019, radicación 68838, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, sintetizó:

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|--|--|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.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. |

Bajo esa misma óptica, cada AFP tendría que haber dado la siguiente información al demandante: i) dependiendo del capital, si podía pensionarse anticipadamente, esto es, antes de la edad mínima para la pensión de vejez. ii) la posibilidad para sus herederos de hacerse a la devolución de saldos, en caso de que no existieran beneficiarios para la pensión

de sobrevivientes. iii) la devolución total del saldo en caso de no alcanzar a reunir el total de los requisitos legales para optar al beneficio pensional. iv) tener la posibilidad de la pensión de vejez habiendo cotizado el mínimo de semanas requeridas a pesar de no reunir el capital suficiente para el financiamiento de la prestación económica. v) la posibilidad de que el reconocimiento de la pensión de vejez, una vez reunido los requisitos, se realice pronto. vi) la posibilidad de que sus aportes se conviertan en patrimonio sucesoral. vii) el hecho de que el afiliado es el único titular de la cuenta de ahorro individual en oposición con el fondo público cuyos ahorros hacen parte de un fondo común. viii) los rendimientos financieros que le generen sus aportes abonados sobre el saldo de su cuenta de ahorro individual; y, ix) la posibilidad de seleccionar entre varias modalidades de pensión, cuya ilustración resultaba vital, pues debió advertírsele en qué consistía cada una de ellas.

Como fundamento de las pretensiones alegó la demandante, que al momento de la afiliación PORVENIR S.A. no le suministró información documentada sobre las consecuencias negativas de dejar el régimen de prima media para trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad; que le manifestaron que si se trasladaba tendría mejor rentabilidad y liquidación de su pensión, pudiéndose pensionar a los 55 años y una pensión mínima de \$3.000.000; que por lo anterior, no se le proporcionó la información completa y comprensible, en lo que atañe al cambio de régimen.

Como se indicó en precedencia, le correspondía a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. demostrar que cumplió con el deber de información y asesoría, dando a conocer la información completa y comprensible al demandante, 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.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, ni del formulario de afiliación, ni del interrogatorio de parte absuelto por la señora HIMELDA REBECA CABAS DAZA, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP PORVENIR S.A., sin que tampoco exista prueba en el expediente digitalizado que acredite que la asimetría en la información que se produjo el dieciocho (18) de septiembre de dos mil tres (2003) dejó de prolongarse con el paso de los años, toda vez que lo importante es que durante ese periodo en el que los afiliados permanecen en el RAIS desaparezca por completo esa asimetría en la información que nace con el acto jurídico que materializa el cambio de régimen pensional, lo cual no acaeció en el presente asunto.

Por lo expuesto, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual la accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el dieciocho (18) de septiembre de dos mil tres (2003), por lo que todos los actos posteriores ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez.

Así las cosas, el cambio del régimen debía estar precedido de una ilustración a la usuaria en el cual expusiera en forma veraz y detallada, las ventajas y desventajas en cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias del traslado, lo que sin lugar a dudas no se encuentra acreditado en el expediente y, por tanto, resulta ineficaz el traslado que realizara la señora CABAS DAZA, tal como lo señaló la funcionaria *a quo*.

Oportuno resulta mencionar que, según lo estipulado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, uno de los efectos de la ineficacia es que justamente las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido y, en este caso, dicha declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, conlleva al regreso automático de la demandante al Régimen de Prima Media hoy administrado por COLPENSIONES, del cual ya hacía parte la actora. Además, lo aquí analizado no es el traslado voluntario con la conservación o no del régimen de transición, sino el efecto de la ineficacia del cambio de régimen pensional a falta de información detallada y completa al momento del traslado de régimen.

Se itera, que el fondo privado deberá trasladar a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantías de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

En lo que respecta a las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado ha indicado la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL1421 de 2019, Rad. 56174, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, decantó:

“Devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

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

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

Dicha postura fue reiterada en la sentencia SL 2611 del 1 de julio de 2020, también con Ponencia del Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA en la que se reafirma que por cuenta de

la ineficacia, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de ocurrir el traslado de régimen. Señaló:

“Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, lo cual trae como consecuencia, que la accionante jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que Colfondos S.A. deberá devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, aspecto sobre el cual ya la Sala se ha pronunciado en oportunidades anteriores, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL17595-2017, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989...”

En todo caso la autorización al traslado entre regímenes, no implica el reconocimiento de cualquier otro derecho más allá de este, se precisa que los demás tópicos, deberán ser estudiados por la administradora al momento del eventual reconocimiento de algún derecho.

Conforme a lo expuesto, no tienen asidero los reparos formulados por COLPENSIONES, en suma, resulta acertada la declaratoria de ineficacia del traslado, por ende se confirmará la sentencia apelada y consultada, condenando en costas a COLPENSIONES, ante la falta de prosperidad del recurso interpuesto.

6. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

En lo que atañe al grado jurisdiccional de consulta, se entiende agotado con el estudio precedente.

Costas a cargo de la parte que le resulta desfavorable el recurso (art. 365-1 C. G. del P.), fíjese como agencias en derecho el equivalente a $\frac{1}{2}$ salario mínimo legal mensual vigente y a favor de la parte demandante, el cual deberá ser liquidado por el juez de primera instancia al realizar la liquidación concentrada de costas, conforme lo contempla el artículo 366 del C.G.P.

7. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida el quince (15) de noviembre de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, en el proceso ordinario laboral promovido por HIMELDA REBECA CABAS DAZA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho a favor de la parte

demandante el equivalente a 1/2 salario mínimo legal mensual vigente, las cuales deberán ser tenidas en cuenta por el juzgado de origen al momento de elaborar la liquidación concentrada de costas, conforme a los artículos 365 y 366 del C.G.P. y el Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente sentencia, por Secretaría General, devuélvase el proceso al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE, para tal objeto remítase a la Secretaria General de este Tribunal.

LUIS ROBERTO ORTIZ ARCINIEGAS
Magistrado Ponente

HENRY DE JÉSUS CALDERÓN RAUDALES
Magistrado

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada

Firmado Por:

Luis Roberto Ortiz Arciniegas
Magistrado
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Riohacha - La Guajira

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

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

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

Código de verificación: **95b766e8453360acc514d8d7aa0f8321f8b0c3d2ee55e2aa81d259a026e7fd10**

Documento generado en 15/08/2023 11:02:12 AM

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