

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente**

SENTENCIA LABORAL

Miércoles, 17 de febrero de 2021

Aprobado mediante acta N° _____ de fecha _____

RAD: 44-001-31-05-002-2018-00020-01. Proceso ordinario laboral promovido por DANIELA ISABEL GUAO HENRÍQUEZ contra PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL– UGPP

1. OBJETO DE LA SALA

En aplicación del decreto 806 del 4 de junio de 2020, en su artículo 15, la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Riohacha, La Guajira, integrada por los conjuces **EMERSON CHARRIS GARCÍA, LILIA CRISTINA ROMERO HURTADO** y el magistrado **JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH** quien la preside como ponente, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 30 de enero de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, dentro del proceso de la referencia y surtir el grado jurisdiccional de consulta

Por disposición del artículo 279 y 280 del CGP, esta sentencia será motivada de manera breve, en virtud de que la demanda, la contestación y las actuaciones procesales son suficientemente conocidas por las partes del proceso, para iniciar el argumento desde la sentencia de primera instancia.

2. ANTECEDENTES.

2.1. DEMANDA Y CONTESTACIÓN

2.1.1 HECHOS

2.1.1.1 La señora DANIELA ISABEL GUAO HENRÍQUEZ, nació el día 18 de enero de 1962; cumpliendo al momento de la presentación de la demanda con 55 años.

2.1.1.2 La demandante ha cotizado desde 1993 y hasta la actualidad al sistema general de la seguridad social en pensiones, como empleada dependiente, en la Fiscalía General de la Nación

2.1.1.3A través de asesor de la AFP Protección, le manifestaron que al trasladarse del RPM al sistema de RAIS, obtendría mejores garantías, entre ellas pensionarse con mejor rentabilidad; accediendo al traslado bajo información errónea, lo cual, de nuevo ocurrió en noviembre de 1996 cuando de nuevo fue trasladada al fondo de pensiones Porvenir S.A.

2.1.1.4 La señora DANIELA ISABEL GUAO HENRÍQUEZ, ha intentado en varias oportunidades el traslado al RPM, dada la información errónea y de mala fe con la cual tomó la decisión de trasladarse.

2.2. PRETENSIONES.

2.2.1. Que se declare la nulidad de la afiliación realizada al fondo privado, como el traslado de régimen pensional, devolver todos los valores que se hubieren recibido con motivo de la afiliación, el pago de frutos e intereses moratorios.

2.3. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

2.3.1. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL– UGPP, contestó la demanda indicando, en síntesis, ser cierto la fecha de nacimiento y edad de la demandante, sobre el restante de hechos manifestó no constarle nada y, por tanto, debía de probarse en el proceso; sin embargo, se opone a prosperidad de la totalidad de las pretensiones y para tal fin propone como medios exceptivos de fondo “FALTA DE RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “PRESCRIPCIÓN”

2.3.2. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda, indicando ser cierto lo referente al traslado realizado por la actora en el año 1995 a la administradora demanda, adicionando que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, hecho que se encuentra acreditado en el formulario transcrito, por tanto, no existe vicio del consentimiento. Sobre el restante de los hechos indica no constarle por tratarse de hechos que escapan a la esfera de su conocimiento. Se opone a la prosperidad de las pretensiones y propone como medios exceptivos de mérito los denominados “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PENSIONA”, “AUSENCIA DEL VICIO DEL CONSENTIMIENTO”, “BUENA FE”, “PRESCRIPCIÓN”.

2.3.3. La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a través de apoderado judicial contestó la demanda con proposición afirmativa respecto de los a la edad de la actora; manifiesta no constarle ninguno de los demás sustentos facticos de la demanda, debiendo se probados, así mismo indicó que el traslado fue una decisión voluntaria de la actora que no estuvo viciada de consentimiento, oponiéndose a las pretensiones por considerar que carecen de fundamento fáctico y legal, como tampoco estar declarada la nulidad del traslado del actor. Propone como medios exceptivos los denominados “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES O DERECHOS RECLAMADOS”, “PRESCRIPCIÓN FRENTE A LAS PRETENSIONES DEL DEMANDANTE” e “INNOMINADA O GENÉRICA

2.3.4. La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó la demanda a través de apoderado judicial indicando ser cierto lo concerniente al traslado, tiempo en que ha laborado la accionante en la Fiscalía General de la Nación, pero no le consta ninguno de los demás hechos; sin embargo, afirma que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria por la accionante, afirma que la asesoría brindada para el proceder con el traslado fue suficiente. Se opone a las pretensiones argumentando no existir soportes facticos ni jurídicos para conceder el amparo, ni existir vicio del consentimiento al momento del traslado. Propone como medios exceptivos los denominados “BUENA FE DE LA SOCIEDAD DEMANDADA”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “PRESCRIPCIÓN”, “PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN QUE PRETENDE ATACAR LA NULIDAD DE AFILIACIÓN”, “AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD ATRIBUIBLE A LA DEMANDADA”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INNOMINADA O GENÉRICA”

2.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

2.4.1 PROBLEMA JURÍDICO ABORDADO.

“Si debe declararse la nulidad de la afiliación del demandante a PORVENIR S.A. por vicio de consentimiento”

2.4.2 Sobre la prescripción de la acción concluye que los derechos a la seguridad social son irrenunciables e imprescriptibles, bajo el amparo constitucional del artículo 48, razón por la cual no opera el término de 4 años en los términos del artículo 1750 del Código Civil.

2.4.3 El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, Guajira, con decisión del 30 de enero de 2020 concedió las pretensiones de la demanda tendiente a declarar la nulidad de traslado y negó las excepciones de fondo de los demandados argumentando, en síntesis que la AFP PORVENIR y PROTECCIÓN S.A. no acreditaron haber transmitido a la actora la información acerca de las implicaciones del traslado de régimen pensional, es decir, no demostró probatoriamente haber suministrado al demandante la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado, lo que generó un vicio del consentimiento y con ello la nulidad de dicho traslado.

2.5. RECURSO DE APELACIÓN.

2.5.1. PORVENIR sostiene:

2.5.2. la solicitud de vinculación a la administradora nunca se materializó porque al momento del diligenciamiento del formulario no se aportó la fotocopia de la cedula de ciudadanía de ella, dado que era un requisito de ley para que pudiera formalizarse dicha vinculación a Porvenir y debió solicitarse en la oportunidad procesal la legitimación de esta, dado que no existió vinculación con la administradora, muy a pesar que hay un formulario que se tramitó el 14 de noviembre de 1996 donde dice que ella regresa de Protección a Porvenir, pero con la salvedad de que no se materializó dicho traslado y en respuesta de agotamiento a Porvenir se le contestó en fecha diciembre 6 de 2017 al Dr. Luis Fuentes Arredondo en la comunicación 104 en el sentido que esta no se encuentra afiliada ni vinculada con Porvenir razón por la cual no es posible anular una afiliación que nunca ha existido y advierte que el empleador Fiscalía General de la Nación realizó aporte a esta administradora a nombre de la Sra. Daniela lo que no significa que esta se encuentra afiliada, esos aportes fueron trasladados en el proceso de no vinculado a la FP PROTECCIÓN.

2.5.3. En el evento que el despacho considere que esta válidamente afiliada al RAI podemos decir que no concurre ninguna nulidad porque no hay ningún vicio de consentimiento porque el formulario que llenó esta al momento de la afiliación a Porvenir se hizo conforme a la Ley que su interés fue permanecer siempre en el RAI.

2.5.3.1. No existe vicio del consentimiento, porque no se probó la fuerza, error o dolo.

2.5.3.2. hizo uso del derecho de retracto.

2.5.3.3. Existe prohibición legal para traslado entre regímenes como quiera que le falta menos de 10 años para pensionarse.

2.5.4. COLPENSIONES por su parte argumenta:

2.5.4.1. Existe prohibición legal para traslado entre regímenes como quiera que le falta menos de 10 años para pensionarse.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Notificados en debida forma tanto el recurrente, (auto del 31 de agosto de 2020, notificado por estado laboral 053 del 1 de septiembre de 2020) como no recurrente (auto del 24 de septiembre de 2020 notificado por estado laboral 067 del 25 de septiembre de 2020); con el fin que presentaran los respectivos alegatos de conclusión. Haciendo uso en forma oportuna ambas partes según constancias secretariales del 25 de agosto y 10 de septiembre de 2020.

2.6.1. De la parte demandada COLPENSIONES

2.6.1.1. Indica que respecto del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció en el inciso 4°:

2.6.1.2. Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

2.6.1.3. conforme al Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, “Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”

2.6.1.4. Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia T-211-16, respecto del traslado de régimen de ahorro endivia al régimen de prima media, consideró: “La prohibición de traslado cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir el requisito de la edad exigido para acceder al derecho a la pensión, contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, fue objeto de estudio por parte de esta Corporación, a través de la Sentencia C- 1024 de 2004, a propósito de una demanda de inconstitucionalidad formulada en su contra, en la que se cuestionaba que la restricción temporal de traslado de régimen pensional, vulneraba el derecho a la libre escogencia. En dicho fallo, la Corte sostuvo que “la medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna.

2.6.2. De la demandada Porvenir S.A.:

2.6.2.1. En el caso subexamine se afilió la señora DANIELA ISABEL GUA HENRIQUEZ al Fondo Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en la fecha indicada, bajo la preceptiva contenida en la ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, bajo el consentimiento de ésta, lo que hace presumir que conoce el régimen de seguridad social y de pensiones que actualmente rige al sistema, contrario a lo afirmado en la demanda aquí no ha habido omisión, engaño, ni falsas promesas en la referida afiliación al Fondo de Pensiones señalado, todo se hizo de acuerdo a la ley en materia pensional aunado a los beneficios, rentabilidad que comporta el régimen de ahorro individual.

2.6.2.2. PORVENIR S.A. considera que es improcedente la presunta nulidad deprecada por la parte actora, por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento expresado por la señora DANIELA ISABEL GUA HENRIQUEZ, en el acto de surgimiento del acto jurídico de la afiliación a su AFP, pues, por el contrario, están dados

todos los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizada por la demandante.

2.6.2.3. En efecto, la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la ley, es decir, el de Prima Media con Prestación Definida (Administrado por COLPENSIONES) o de Ahorro Individual con Solidaridad (Administrado por las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías) es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien manifiesta por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, hecho que se realiza con la suscripción de la solicitud de afiliación al respectivo fondo.

2.6.2.4. Fundamentado en lo anterior, encontramos que una vez la persona elige de manera libre y voluntaria la administradora y el régimen pensional al que desea pertenecer, procede el diligenciamiento del formulario de afiliación respectivo, formulario que debe contener los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y corresponder a la proforma adoptada por la Superintendencia Financiera a través de las Circulares 034 y 037 de 1994.

2.6.2.5. Hay que resaltar que en la medida en que la selección de régimen y de administradora, es un acto que concierne exclusivamente a la voluntad libre y espontánea del trabajador e implica la renuncia de ciertos derechos o el conocimiento de las diferencias que presentan los regímenes pensionales en Colombia, se consagró como requisito que dentro del respectivo formulario se dejara una manifestación expresa sobre tales condiciones, la cual se respalda con la firma del afiliado en el mismo.

2.6.2.6. En tal virtud, PORVENIR S.A. reitera en forma expresa que el asesor que atendió a la actora en el acto jurídico del traslado sí prestó a la actora la asesoría profesional clara y didáctica para el buen éxito de la gestión.

Pese a que las demás partes presentaron sus alegatos de conclusión los mismo fueron extemporáneos de conformidad con la constancia secretaria de fecha 5 de octubre de 2021.

3. CONSIDERACIONES

Preliminarmente debe expresarse, que verificado el expediente, se tiene que la primera instancia lo remitió con el fin de que se resolviera el recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas y se surtiera el grado jurisdiccional de consulta, ante lo cual, se colige que el interés jurídico 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 observa la debida integración de la Litis, pues se constituyó como parte la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, quien no ejerció su derecho de defensa.

2.2 COMPETENCIA.

Este tribunal tiene competencia tal como se asigna el Artículo 15 literal B numerales 1 y 3 del CPTSS.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse la nulidad de las afiliaciones del **RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**, realizadas a las demandadas AFP **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** de la demandante señora **DANIELA ISABEL GUAO HENRÍQUEZ** y en consecuencia ordenar el traslado de esta, al **RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA**, administrado por el demandado **COLPENSIONES**?

Los insumos que se tendrán en cuenta para resolver el problema jurídico son los siguientes:

3.3 PRECEDENTE VERTICAL

3.3.1 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

3.3.1.1 REGLAS APLICABLES PARA TRASLADO DE RÉGIMENES PENSIONALES.

3.3.1.1.1 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, MP 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.

3.3.1.2 TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL CUANDO AL AFILIADO LE FALTAREN DIEZ AÑOS O MENOS PARA CUMPLIR EDAD (Corte Constitucional, sentencia SU 130 de 2013, MP Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO)

“En el caso de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, tuvieran treinta y cinco (35) años o más si son mujeres, o cuarenta (40) años o más si son hombres, éstas pueden trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, salvo que les falte 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. En todo caso, de ser viable dicho traslado o haberse efectuado el mismo al momento de proferirse la presente providencia, ello no da lugar, bajo ninguna circunstancia, a recuperar el régimen de transición.”

3.3.2 JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

3.3.2.1 EL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIÓN (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad No.5462, sentencia del 10 de diciembre de 2019 MP Dra. ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA)

*Como punto de partida, es necesario poner de presente que las administradoras de pensiones, como las instituciones expertas encargadas del manejo de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, tienen un deber a su cargo, instituido por la ley, de brindar información clara y suficiente a sus afiliados, entre otros asuntos, en lo concerniente al cambio o traslado de un vinculado de un régimen pensional a otro. **“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 así como existe, en cabeza de dichas entidades, la obligación de informar de manera clara, idónea y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que implica para el afiliado vincularse o trasladarse de un régimen de pensiones a otro.

...Por ello, se reitera, que es imprescindible el cabal cumplimiento de este deber, pues de lo contrario, podría derivar en afectaciones de gran envergadura para aquellos que participan en el régimen de pensiones como vinculados.

Debe resaltarse que el derecho de información a cargo de las administradoras existe desde la creación del sistema de seguridad social actual, en virtud de la Ley 100 de

1993. Lo anterior es resaltado por la Sala, en sentencia CSJ SL1688-2019, quien hace un recuento sobre la evolución normativa de dicho deber. En la providencia, se concluye que el deber de información es ineludible, por lo que debe ser observado con el mayor rigor por parte de los jueces de instancia.

3.3.2.2. Posición que se ha mantenido en la Corte de manera pacífica, sentencia SL4360-2019, radicación 68852 del 9 de octubre de 2019 MP Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sentencia SL4343-2019 radicación70632 del 24 de septiembre de 2019 MP Dra. Ana María Muñoz Segura, sentencia SL1452-2019, Radicación No. 68852 del 3 de abril de 2019, MP Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sentencia SL771-2019, radicación No. 66406 del 19 de febrero de 2019 MP Dr. Santander Rafael Brito Cuadrado y en las sentencias SL037-2019, Radicación No. 53176 del 23 de enero de 2019 MP Dr. Ernesto Forero Vargas, que indicaron en síntesis que es una obligación que cuando un afiliado toma la importante decisión de trasladarse de régimen, las administradoras de pensiones están obligadas a suministrarle información suficiente, clara y calificada, con el fin de ilustrarlo adecuadamente sobre las consecuencias de su decisión, para que no se incumpla lo que la Corte a denominado “deber de información”, y evitar perjuicios a los mismos; Aunado a lo anterior, la Corte considera que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, pues no demuestran el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

3.3.3 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, MP 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.”

3.3.4 PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESCISORIA DEL ACTO O CONTRATO EN MATERIA PENSIONAL (Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, SL 5470, sentencia de 30 de abril de 2014, radicación 43892, MP Dr. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ)

*“Lo cierto es que esa normatividad le creó una expectativa legítima respecto del régimen de transición que le permitía acceder al derecho especial, con las exigencias en ella previstas, lo cual es susceptible de protección y no podría ser desconocido por el legislador, porque tal entendimiento resultaría regresivo y contrariaría el ordenamiento superior, concretamente los principios consagrados en el artículo 48 de la Carta que entroniza a la seguridad social **como un derecho irrenunciable** y tiene en el principio de progresividad uno de sus báculos.”*

3.4 PRECEDENTE HORIZONTAL

3.4.1 SOBRE EL SUMINISTRO DE INFORMACIÓN (Tribunal superior Distrito Judicial de Riohacha, Sala Civil, Familia, Laboral, Rad. 44-001-31-05-001-2015-00141-01, sentencia del 28 de septiembre de 2017 MP. Dr. HOOVER RAMOS SALAS)

“Se convierte la información en un presupuesto necesario para el ejercicio y acceso a otros derechos, en este caso a la pensión de vejez, lo que exige una actuación diligente y ágil por parte de las entidades que intervienen en el proceso del reconocimiento pensional. Este deber, incluye, no solo brindar la información, sino también un adecuado manejo de esta, pues las falencias en el cumplimiento de los deberes de custodia, guarda y conservación no pueden constituir argumento válido para negar el acceso a un derecho”

...“Pues bien, el engaño en el suministro de información crucial para el potencial candidato a afiliación se traduce no solamente en el dejar de orientar sobre las condiciones de pensión en cada régimen, sino en evaluar e indicar la posible pérdida de beneficios como la transición (...) contexto en donde acreditar la diligencia debería estar en cabeza de la entidad demandada, operando una inversión en la carga de la prueba”

Posición que esta Sala ha mantenido incólume, para tal fin se relacionan las sentencias bajo radicación 2017-00091-01 del 13 de agosto de 2019, rad. 2017-00102-01, 2017-00162-01 del 20 de noviembre de 2019, Rad. 2019-00162-01, 2017-00163-01 del 6 de febrero de 2020, MP Dr. JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH.

4 DEL CASO EN CONCRETO

Es claro para la sala que lo solicitado por la demandante, en el presente caso es la anulación de su afiliación en el **RAIS** para en últimas regresar al **RPM**, considera la Sala oportuno estudiar inicialmente 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 de las documentales a folio 06 se evidencia que la demandante nació el 18 de enero de 1962 contando con 55 años de edad al momento de iniciar la presente acción ordinaria para que surtiera el traslado, es decir, superando los requisitos de edad mínima exigidos por la Ley.*

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), criterio de raigambre jurisprudencial, tema agotado

por la Corte Constitucional desde el año 2002, en el cual quien estuviere cobijado por el 3 evento del artículo 36 de la ley 100, consolida una expectativa razonable del derecho, así el vaivén dentro del sistema no afecta tal condición. Este evento tampoco es satisfecho por el demandante puesto que revisado el plenario del material probatorio no puede evidenciarse que contara con 750 semanas al 1 de abril de 1994, que exige la regla jurisprudencial.

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 (CSJ, Sala Laboral, Rad No.31314 del 9/09/2014 MP Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón; TSD Sala Civil, Familia, Laboral de Riohacha, Rad. 44-001-31-05-001-2015-00141-01, sentencia del 28/09/2017 MP Dr. Hoover Ramos Salas), ya ampliados dentro de los insumos jurisprudenciales. Criterio desarrollado en aplicación de normas de carácter Civiles, Constitucionales y de la Seguridad Social, en donde el ocultamiento, la inducción al error, la desinformación, constituyen vicios en el consentimiento, lo cual degenera en un faltante a los requisitos esenciales para la configuración del acto jurídico, el cual se refleja en la declaratoria de la ineffectividad del negocio jurídico con efectos retroactivos, como lo es la nulidad, con un aporte importantísimo, en cuanto a la carga probatoria, y la redistribución de la misma, pues en criterio del órgano de cierre en materia laboral, la condición de salvaguarda de la información, la condición de depositario de administrador del sistema de la seguridad social, facilitan la demostración del cumplimiento de tales deberes radica en cabeza de las AFP, contrario sensu, resulta más traumático y difícil al afiliado encontrar los medios idóneos para su demostración, operando en concepto del máximo Tribunal, la redistribución de la carga probatoria, invirtiendo el deber de probar que cumplió con el deber de informar correctamente, como vía ineludible en la conformación del consentimiento.

Aquí se adentra en los recursos impetrado por los demandados, los cuales alegan que nunca hubo falta de consentimiento pues el traslado ocurrió por voluntad del demandante, motivo por el cual, en torno a la deficiencia de la información suficiente para determinar la decisión del afiliado quedan estas variables lógicas:

1. Que la entidad sí suministró de forma verídica, oportuna y suficiente la información:

Entonces el afiliado hubiese resultado beneficiado de su escogencia y hoy no tendría la necesidad de demandar el reingreso al RPM, y las pretensiones de esta demanda deberían de ser desestimadas pues afectaría el derecho final del afiliado, siendo más benéfico para este el RAIS; **si no fuere lo anterior, entonces**, consiente del menoscabo en sus intereses derivado de la información correctamente suministrada por la AFP privada, pues esta, tendría que haber mostrado infaliblemente que el RAIS era menos benéfico que el RPM. Y aun así el afiliado escogió deliberada y conscientemente trasladarse a la administradora privada.

Lo anterior permite concluir parcialmente:

a) El afiliado no resulto beneficiado con la escogencia del RAIS, porque el resultado final así lo demuestra, y porque es poco probable según las máximas de la experiencia, que una persona deliberadamente actúe en contra de sus propios intereses sin una causa o motivo (las cuales no afloran en este proceso, pues ¿quién en sano uso de sus facultades mentales escoge lo que le perjudica?

Se puede inferir racionalmente de las anteriores premisas que resulta poco probable que una persona, informada debidamente, asienta con algo que lo perjudica, sin motivo alguno.

Esto desencadena el segundo asunto del mismo tópico; quien debe probar si la información fue entregada al afiliado en condiciones que le permitieran comprender el efecto que tendrían en el futuro respecto a las prestaciones sociales en juego.

Se diría en principio que la carga de la prueba radica en cabeza del afiliado quien introduce el hecho jurídicamente relevante, persiguiendo los efectos que de la norma deriva, como genéricamente ha de tratarse.

Sin embargo ¿Quién tiene el deber de documentar las condiciones individuales de los afiliados y sus novedades? No en vano se llaman **ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES**, en este caso haciendo uso de jurisprudencia de vieja data y que se incorporará en el Código General del Proceso, es factible redistribuir el peso demostrativo, bajo criterios de equidad procesal, pues al afiliado le resulta mucho más engorrosa la demostración, mientras es a la administradora quien por deber legal le corresponde documentar las novedades, debiendo soportar dicha carga, esto bajo los lineamientos jurisprudenciales citados como insumo para la sentencia; es verídico que el demandante no logro demostrar las condiciones en las cuales fuera abordado y convencido por la AFP privada; **pero inversa la carga de la prueba para este caso tampoco fue demostrado por ninguno de los demandados.**

No son de recibo los dichos de la apelante AFP Porvenir y Colpensiones en torno a la insinuación que el afiliado tuvo la oportunidad para trasladarse dentro del término de amnistía, ni cuando aún le faltaban más de 10 años, ni cualquier otro en esta vía; pues aunque cierto, debe tenerse en cuenta que tal como lo señala el 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, de tal suerte que estos reparos se subsumen en las razones esgrimidas por el juzgador para resolver la prescripción alegada.

En este punto es importante hacer un paréntesis, en el recurso de alzada del demandado Porvenir, alega, que la afiliación a dicha Administradora de pensiones nunca ocurrió y que ello fue alegado en la contestación de la demanda, para ello, inicialmente, habrá de decirse, que dicho alegato no es cierto, dicha circunstancia, nunca fue alegada con la contestación a la demanda, si bien es cierto, que del material probatorio puede evidenciarse que al momento de contestar la reclamación administrativa de la accionante manifestaron no tener información de afiliación de esta,

ello, no fue objeto de debate probatorio en sí, pues, la discusión que propusieron al interior del proceso, fue que dicha afiliación se realizó legalmente y sin que existiera vicio del consentimiento, por tanto, es contradictorio lo uno con lo otro.

Pese a lo anterior, es claro que se discute la nulidad de una afiliación y también, es claro, que ninguna de las partes pasivas que componen el presente litigio ha demostrado con suficiencia que la información proporcionada para la afiliación, fue veraz y suficiente, con el deber del buen consejo, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes y por tal motivo, debía declararse la nulidad de las afiliaciones como en efecto lo realizó la Juez de Primera instancia, teniendo como premisa que las afiliaciones fueron validas, y materialmente dicha decisión no afectaría al apelante sino fuera específicamente por la orden de devolución de todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación y es aquí donde esta Corporación encuentra importante pronunciarse, pues, la sociedad Porvenir ha sido enfática en indicar que si bien es cierto que el empleador realizó aportes a esta, ellos procedieron a transferir a la AFP PROTECCIÓN S.A., pues era allí, donde se encontraba afiliada la demandante.

Verificado el expediente, puede extraerse sin dificultad alguna que efectivamente la accionante se encuentra afiliada en la actualidad la AFP PROTECCIÓN, ello de la simple verificación de la contestación de la demanda realizada por esta, quien al contestar el hecho quinto así lo acepta, del mismo modo en el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. y del que posteriormente desistió, en él, afirmó que posee actualmente los aportes la Sra. demandante y que los anteriores han sido depositados ante dicha administradora hasta la fecha de presentación de la contestación de la acción, y ello concatenado con el histórico laboral que aporta dicha parte y visible a folios 126 a 135, hacen concluir con total certeza lo aquí afirmado por esta Sala, es decir, que la actora en realidad está afiliada en la actualidad a la AFP PROTECCIÓN S.A., por tanto, considera este Juez plural que el análisis efectuado en el presente asunto por el A-quo, pese a ser acertado en lo referente a las causales de nulidad de afiliación, no fue congruente y atinado para determinar a qué sociedad administradora de fondo de pensiones estaba afiliada la señora Daniela Guao Henríquez, pues ello nunca lo abordó en la sentencia, ordenando, a quien en realidad no debía la devolución de dineros, como nulidades de afiliación que no debieron ser.

Con las anteriores consideraciones es necesario corregir las falencias de la decisión de primera instancia, debiéndose modificar la parte resolutive del mismo, ya que, pese a la forma del presente asunto, ha salido a la realidad que la señora Daniela Isabel Guao Henríquez, nunca estuvo afiliada a la Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir S.A., no siendo dable declarar nula dicha afiliación, debiéndose en consecuencia modificar los numerales PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, Y SEXTO de la providencia apelada y consultada, para en su lugar emitir las mismas ordenes pero en contra de la ADMINISTRADORA DE CESANTÍAS Y PENSIONES PROTECCIÓN S.A., con la consabida condena en costas en primera instancia.

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.

4.2. De la Consulta.

Finalmente es necesario surtir el grado jurisdiccional de consulta sobre la sentencia proferida por el A-quo, ante lo cual, debe referirse que los recursos de alzada atacaban la inexistencia de vicio del consentimiento al momento de realizarse el traslado entre los regímenes de RPM y RAIS, lo cual obligó a realizar examen completo de la declaración principal; en ese orden de ideas la consulta queda subsumida en la atención de los recursos de apelación.

Sin costas en esta instancia por resultar favorable el recurso de apelación (art. 365 C. G. del P.).

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: MODIFICAR LOS NUMERAL PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO Y SEXTO de la sentencia apelada y consultada proferida el 30 de enero de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **DANIELA ISABEL GUAO HENRÍQUEZ** contra **PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL– UGPP**, por lo considerado en la parte motiva del presente proveído, los cuales quedarán de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora DANIELA ISABEL GUAO HENRÍQUEZ, hizo de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE CESANTÍAS Y PENSIONES PROTECCIÓN S.A., que en el término improrrogable de tres (3) meses proceda a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, junto con los rendimientos que se hubieran causado.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES realizar la afiliación de la señora DANIELA ISABEL GUAO HENRÍQUEZ, al régimen de prima media con prestación definida, sin que ello implique el reconocimiento de cualquier otro derecho más allá de este y a recibir los aportes que serán trasladados de la

ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,
esto es, no solo el ahorro efectuado, sino también sus rendimientos.

CUARTO: ABSOLVER a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL– UGPP** y al **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** de las pretensiones formuladas en su contra.

SEXTO: CONDENAR en costas a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE CESANTÍAS Y PENSIONES PROTECCIÓN S.A.**, de las que se tasan las agencias en derecho en la suma de cuatro (4) SMLMV

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás apartes de la sentencia en cita.

Sin constas en esta instancia.

Notifíquese por estado, para tal objeto remítase a la secretaria del Tribunal.

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)
JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)
EMERSON CHARRIS GARCÍA
Conjuez

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)
LILIA CRISTINA ROMERO HURTADO
Conjuez

RE: proyecto sentencia laboral conjueces

lilia romero <gabiemerson@hotmail.com>

Mié 17/02/2021 4:46 PM

Para: Despacho 01 Sala Civil Familia Laboral Tribunal Superior - La Guajira - Riohacha
<des01scfltsrioaha@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Buenas tardes apruebo proyecto de sentencia

Atentamente

Lilia C Romero Hurtado

De: Despacho 01 Sala Civil Familia Laboral Tribunal Superior - La Guajira - Riohacha

<des01scfltsrioaha@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: martes, 16 de febrero de 2021 9:58 a. m.**Para:** gabiemerson@hotmail.com <gabiemerson@hotmail.com>**Asunto:** proyecto sentencia laboral conjueces

cordial saludo,

remito proyecto de sentencia para su aprobación como conjuez designada en dichos asuntos

Despacho Sala Civil Familia Laboral

Dr. Jhon Rusber Noreña Betancourth

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

proyecto sentencia laboral conjueces

Despacho 01 Sala Civil Familia Laboral Tribunal Superior - La Guajira - Riohacha
<des01scfltsrioaha@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 16/02/2021 9:58 AM

Para: gabiemerson@hotmail.com <gabiemerson@hotmail.com>

 2 archivos adjuntos (157 KB)

2017-00219-01 ISMAEL EMILIO ESCORCIA ATENCIO VS COLPENSIONE, PORVENIR, PROTECCION, UGPP (NULIDAD DE TRASLADO).docx; 2018-00020-01 DANIELA ISABEL GUAO HENRIQUEZ VS COLPENSIONE, PORVENIR, UGPP (NULIDAD DE TRASLADO).docx;

cordial saludo,

remito proyecto de sentencia para su aprobación como conjuez designada en dichos asuntos

Despacho Sala Civil Familia Laboral
Dr. Jhon Rusber Noreña Betancourth

Proyectos sentencias laborales conjuez para aprobación

Despacho 01 Sala Civil Familia Laboral Tribunal Superior - La Guajira - Riohacha
<des01scfltsrioaha@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 16/02/2021 9:45 AM

Para: escritoriojuridicochr@gmail.com <escritoriojuridicochr@gmail.com>

 3 archivos adjuntos (233 KB)

2017-00219-01 ISMAEL EMILIO ESCORCIA ATENCIO VS COLPENSIONE, PORVENIR, PROTECCION, UGPP (NULIDAD DE TRASLADO).docx; 2018-00020-01 DANIELA ISABEL GUAO HENRIQUEZ VS COLPENSIONE, PORVENIR, UGPP (NULIDAD DE TRASLADO).docx; 2017-00170-01 MARIA LUCIA MAYA DIAZ VS COLPENSIONE, PORVENIR (NULIDAD DE TRASLADO).docx;

cordial saludo

remito, proyectos de sentencia para circulación y aprobación

Despacho Sala Civil Familia Laboral
Dr. Jhon Rusber Noreña Betancourth

Re: Proyectos sentencias laborales conjuez para aprobaci3n

Emerson Eduardo Charris Garcia <escritoriojuridicochr@gmail.com>

Mi3 17/02/2021 4:55 PM

Para: Despacho 01 Sala Civil Familia Laboral Tribunal Superior - La Guajira - Riohacha
<des01scfltsrioaha@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Buenas tardes.. Apruebo proyectos de Sentencia

Atentamente

Emerson Charris Garc3a

El mar., 16 de febrero de 2021 9:46 a. m., Despacho 01 Sala Civil Familia Laboral Tribunal Superior - La Guajira - Riohacha <des01scfltsrioaha@cendoj.ramajudicial.gov.co> escribi3:

cordial saludo

remito, proyectos de sentencia para circulaci3n y aprobaci3n

Despacho Sala Civil Familia Laboral

Dr. Jhon Rusber Noreña Betancourth

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electr3nico contiene informaci3n de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recib3 por error comun3quelo de inmediato, respondi3ndo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podr3 usar su contenido, de hacerlo podr3a tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la informaci3n de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorizaci3n expl3cita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.