



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

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada Ponente

Riohacha, La Guajira, cuatro (04) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Discutida y aprobada en sesión virtual, según consta en acta N°02

Radicación N° 44-001-31-05-002-2018-00012-01 proceso Ordinario Laboral. Demandante: IMELDA MERCEDES BARROS LOPEZ contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A.

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ (con impedimento), JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH y PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, quien preside en calidad de ponente, procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el decreto 806 de 2020 artículo 15 numeral 1° y una vez surtido el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la partes demandadas, contra la sentencia dictada en audiencia pública por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, verificada el veinticinco (25) de noviembre del dos mil diecinueve (2019).

ANTECEDENTES.

1.1. La demanda.

La señora IMELDA MERCEDES BARROS LOPEZ, mediante apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral, en procura de que se declare la ineficacia de la afiliación a las Administradoras de Pensiones **PORVENIR.**, por la ausencia de la manifestación libre y voluntaria del actor al traslado de régimen; que se declare que el actor puede trasladarse de esos fondos de pensiones en el régimen de ahorro individual para retornar a **COLPENSIONES** en el régimen de prima media con prestación definida y se ordene así mismo a **COLPENSIONES**, a recibir al actor como afiliado al régimen de pensiones en prima media con prestación definida; así mismo solicita se le reconozca la pensión de vejez establecida en el art 33de la ley 100 de 1993, más las mesadas

adicionales de diciembre de cada año con los intereses moratorios liquidados mes a mes, y por último la condena en costas.

2. SENTENCIA DE PRIMER GRADO:

La Jueza de conocimiento profirió sentencia en la que resolvió **declarar LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que la actora realizó a **PORVENIR S.A.**, ordenó a COLPENSIONES que proceda con la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida; así mismo, ordenó el traslado de saldo, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses a COLPENSIONES; ordenó a PORVENIR para que acepte el traslado de la demandante del régimen de ahorro individual al de prima medida con prestación definida; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó en costas a PORVENIR en suma de 4 salario mínimos legales mensuales vigentes.

3. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con lo decidido los apoderados judiciales de las partes interpusieron recurso de apelación manifestando el apoderado judicial de PORVENIR lo siguiente:

“...Me permito interponer recurso de apelación, en contra de la sentencia que se acaba de proferir, en lo que tiene que ver con el traslado de régimen pensional y demás decisiones que se acaban de proferir que afecta a porvenir, en el sentido que no estamos de acuerdo con lo decidido ya que no existe fundamento factico ni jurídico para ello, por eso expresamos nuestra inconformidad frente al fallo de hoy, el recurso de alzada va encaminado a que el Tribunal superior en sede de instancia se sirva revocar la decisión aquí adoptada. Hemos sido reiterativos en la contestación de la demanda, así como en los alegatos previos esbozados en el día de hoy, y lo hacemos nuevamente en la sustentación de este recurso de alzada que el demandante esta válidamente afiliado al RAI, que el formulario de afiliación se sujetó a las previsiones contenidas en art. 11 del decreto 692 del 94, de igual manera su traslado está sujeto a la presunción de validez que comporta el art. 13 de la ley 100 del 1993, se reitera que dicho formulario lo firma el hoy demandante, anunciando que está de acuerdo con él y por eso lo firma, con la información suficiente y que para ello se trasladaba de régimen dentro de la libertad de selección

que tiene la ley 100 de 1993, ese mismo formulario de afiliación comportaba un derecho de retracto, conforme al artículo 3 decreto 1164, que era que el demandante contaba con un término perentorio de 5 días para que bien si lo tuvieses podría pasarse del RAI al régimen de prima media, término que venció y sin embargo el demandante no hizo uso de ese derecho, no se demostró dentro del trámite procesal que hubiesen existido vicios del consentimiento como lo tiene consagrado el artículo 1508 del código civil, error fuerza y dolo, porvenir se repite es una entidad que dentro del giro normal de sus negocios está la de administrar pensiones y cesantías y que el traslado que hiciera el demandante se hizo bajo su expreso consentimiento, no existió ninguna nulidad dentro del trámite ya que se hizo con una persona capaz y que reunió los demás requisitos de Ley para suscribir convenios o contratos, por tanto la afiliación fue completamente legal. Existe una prohibición de cambiar de régimen cuando falten menos de 10 años antes de cumplir la edad de pensiones, ahora referente al fenómeno prescriptivo, y es que en materia operan 4 años los cuales ya fueron superados, también debe ser acogida por parte del tribunal las excepciones de fondo establecidas en la demanda que no fueron acogidas por el juez en esta instancia. Finalmente la intención de esta alzada no es otra que se revoque en su integridad la decisión adoptada en el día de hoy y que el demandante siga válidamente afiliado al RAI administrado por porvenir, en este sentido dejo sustentado y expuesto el recurso de apelación en beneficio de los intereses de porvenir S.A...”

A su turno el apoderado judicial de la demandada **Colpensiones** por su parte adujo:

“...estando en termino pertinente presento recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia emitido por este despacho confirme al artículo 2 de la ley 100 de 1991, el cual modifico el literal 3 de la ley 100 que nos indica que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando faltaren dos años o menos para cumplir la edad para tener acceso a la pensión de vejez, teniendo en cuenta esto, que la demandante nació el 9 de febrero de 1961 y está cuenta en la actualidad con 59 años de edad es imposible el traslado de régimen, en consecuencia ya supera la edad mínima para acceder a la pensión de vejez que es de 57 años de edad, teniendo en cuenta lo anterior solicito a su señora sea aceptado el recurso de apelación y por señores Magistrados sea revocado...”

ALEGATOS DE CONCLUSION.

1.- Del apoderado de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

En síntesis, manifestó que es improcedente la nulidad deprecada por la actora, en la medida que manifiesta no existe vicio alguno en el consentimiento expresado por la señora Imelda Barros, en el acto de surgimiento del acto jurídico de la afiliación a su AFP, pues, por el contrario están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizada por la demandante.

Agrega que “tampoco estaba llamada a prosperar la pretensión con base en la jurisprudencia traída a colación por el juzgado, pues ésta contempla unos supuestos de hecho totalmente diferentes a los del presente caso, en cuanto el allí demandante para el momento del traslado ya había reunido los requisitos para pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida, lo que de suyo le representaba un perjuicio actual evidente, situación que no se percibe en el presente asunto, en el que múltiples motivos pudieron haber movido la voluntad de la accionante para proferir el régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que, para el momento en que lo hizo se perciba de manera manifiesta el acaecimiento de un perjuicio evidente.”

Por otra parte, indicó que si se llegare a la improbable conclusión de que la vinculación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad está afectado de nulidad, es pertinente anotar al despacho que cualquier declaración de ineficacia o nulidad de dicho acto jurídico estaría actualmente prescrita conforme lo dispone el artículo 1750 del código civil.

De esta forma solicita se desestime la solicitud de nulidad de la afiliación interpuesta por la actora, por cuanto además constituye un acto de mala fe por parte de la demandante que luego de haber tramitado su pensión de vejez y haber recibido su primera mesada pensional decide desistir de este trámite.

2.- De la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Manifestó en síntesis que debe revocarse la decisión proferida en la primera instancia por cuanto a la fecha el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez y la afirmación de vicio de consentimiento en el contrato suscrito con la AFP del RAIS alegado por el interesado, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial. Ahora, teniendo en cuenta que la interesada nació el 05 de noviembre de 1953 y a la fecha cuenta con 65 años, no es posible el traslado de régimen.

3.- Del apoderado de la parte demandante.

Afirmó en síntesis que debe seguirse la línea jurisprudencial aplicable al caso concreto, para lo cual citó textualmente algunas sentencias. Además, reafirmó que su poderdante “jamás alcanzaría una pensión de vejez acorde a lo devengado, toda vez que en el capital acumulado en su cuenta de ahorros individual no alcanzaría sino una pensión mínima, situación que vulnera la confianza legítima y la buena de la afiliada”.

4. CONSIDERACIONES:

4.1 Presupuestos procesales.

Del estudio del plenario se determina que los requisitos indispensables para su formación y desarrollo normal representados en la demanda en forma, competencia del funcionario judicial y capacidad de las partes tanto para serlo como para obrar procesalmente, se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite decidir de fondo mediante una sentencia de mérito, ya que tampoco se vislumbra causales de nulidad que invaliden lo actuado.

4.2 COMPETENCIA.

Se conoce el proceso en segunda instancia, con el objeto de desatar el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la parte demandada, tarea judicial que otorga competencia al *ad quem* para revisar los puntos de inconformidad expuestos por ellos, al igual que la sentencia por la consulta, que en el caso *sub lite* se contraen a replicar la declaratoria de la nulidad del traslado que concedió la *iudex a quo*.

4.3 Problema Jurídico

¿Debe declararse la nulidad de la afiliación del demandante y en consecuencia ordenar el traslado del **RÉGIMEN DE 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 la demandante, al **RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA**, administrado por el demandado **COLPENSIONES?**; En caso afirmativo, ¿cumple el demandante con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación reclamada como beneficiario del régimen de transición?

PRECEDENTE VERTICAL

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

REGLAS APLICABLES PARA TRASLADO DE REGÍMENES PENSIONALES.

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.

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, tuvieren 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.”

JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACERCA DE LA OMISIÓN DE CUMPLIR LOS FONDOS DE PENSIONES, CON SU OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR UNA INFORMACIÓN COMPLETA (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad No.31314, sentencia del 9 de septiembre de 2008 MP 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.

... 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.”

Posición que se reafirmó recientemente en las sentencias SL037-2019, Radicación No. 53176 del 23 de enero de 2019 MP Dr. Ernesto Forero Vargas, sentencia SL771-2019, Radicación No. 66406 del 19 de febrero de 2019 MP Dr. Santander Rafael Brito Cuadrado, y sentencia SL1452-2019, Radicación No. 68852 del 3 de abril de 2019, MP Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, 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.

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.”

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.”*

PRECEDENTE HORIZONTAL.

Sobre un tema de las mismas características sobre el suministro de la información el H. 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, manifestó lo siguiente:

“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 estaba en cabeza de la entidad demandada, operando una inversión en la carga de la prueba”

Con respecto a los anteriores puntos tratados, el precedente horizontal de la Sala se ha mantenido incólume, para mayor ilustración se relacionan:

Sentencias del 19/04/2017 y 28/09/2017, radicados 2014-00127-01 y 2015-00141-01, MP Dr. HOOVER RAMOS, sentencias del 04/02/2019, radicados 2017-00176-01, 2016-00131-01, 2017-00149-01, 2017-00093-01, 2016-00163-01 MP Dr. JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH.

Caso concreto.

Lo que aquí se pretende con este proceso es nulitar la afiliación realizada con insuficiencia de información sobre la favorabilidad o no que le brindaba el régimen de ahorro individual con solidaridad a la persona que contaba con unas prerrogativas y expectativa legítima sobre su pensión en el régimen que se encontraba, como lo era, el de prima media., 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 tal como se desprende de las pruebas obrantes a folios 10 a 16 del expediente el demandante, cumplió 56 años al momento de requerir los fondos para que surtiera el traslado.

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 y conforme lo señala los hechos 1 y 2 de la demanda, 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 (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 el recurso impetrado por el demandante, el cual alega que la falta de consentimiento constituye causal de nulidad, estando en cabeza del fondo de pensiones probar contrario sensu la información proporcionada para la afiliación.

En torno a la deficiencia de la información suficiente para determinar la decisión del afiliado quedan estas variables lógicas:

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

a) 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 trabajador siendo más benéfico para este el RAIS.

b) Que consiente del menoscabo en sus intereses derivado de la información suministrada por la AFP privada, hubiese sido veraz, oportuna y suficiente, entonces el la proyección de la pensión derivada por ejemplo del cálculo del IBL, tasa de reemplazo, densidad de semanas cotizadas, vs capital y demás variables; tendrían que haber mostrado que indefectiblemente el RAIS era menos benéfico que el RPM. Y aun así escogió el RAIS.

Las anteriores premisas permiten concluir otras parciales

c) El afiliado no resultó 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 incorporara 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 fue abordado y convencido por la AFP privada; **pero inversa la carga de la prueba para este caso tampoco fue demostrado por el demandado.**

No acepta este Tribunal, que sea uno el tratamiento probatorio para los beneficiarios del régimen de transición mutados al RAIS y otro el destino de quienes sin tener tal beneficio tenga que valorarse distinto.

Pues en el primer caso, bastaría con el solo hecho de demostrar que era beneficiario del régimen de transición, para determinar que tenían libertad de movimiento dentro del sistema, porque conforme lo señala el criterio constitucional son acreedores de una expectativa razonable de las condiciones previas para acceder a una prestación social, lo cual los blindo de cualquier posibilidad de serles despojada, incluso una afiliación al RAIS aun demostrando fehacientemente que fueron informados correctamente, pues bastaría la voluntad del afiliado para regresar al RPM, dada la irrenunciabilidad de su derecho; por tanto ¿Qué sentido tiene invertir la carga probatoria en este suceso para demostrar las condiciones de afiliación, Si el hecho de ser beneficiarios del régimen de transición por 750 semanas, objetivamente les permite moverse?.

Quedan entonces los que tuvieron régimen de transición por los dos primeros eventos del artículo 36 es decir por la edad al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, y se trasladaron al RAIS, para estos y para quien nunca tuvo beneficios de transición, el efecto es exactamente igual; dentro del eventual hecho de retornar al RPM, estarían sujetos a la misma condición normativa, es decir a la aplicación de la ley 100 de 1993, con las reformas de la 797 de 2003, puesto que clara ha sido la posición de la Corte Constitucional, al manifestar que los únicos que conservan los beneficios de transición al moverse serían los que contaban con 750 semanas al entrar en vigencia el sistema. Por tanto: porque y con cual objeto a unos y otros debe dárseles diferente tratamiento procesal; en este entendido la inversión de la carga probatoria debe aplicarse por los mismos principios de forma igual a cualquier evento en el cual se pretenda la Nulidad.

No hay que perder de vista que era una obligación de la parte demandada probar que la información o asesoría fue veraz, eficaz, con el deber del buen consejo, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y no probó nada relevante al respecto, no hay forma de saber si la asesoría se realizó en forma técnica y se repite, no es solo es informar de manera general las condiciones del traslado, sino también en caso de que dicha actuación sea desfavorable al afiliado no si incentive el traslado, lo que apuntala de nuevo el criterio aquí expresado de que la parte demandada no probó que 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.

En este punto 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 la juzgadora para resolver la prescripción alegada, pues dentro de la contestación de la demanda tiente la demandada PORVENIR S.A. la posibilidad de declarar extinto el derecho por efecto del tiempo, pareciera confundirse el termino de caducidad para interponer la acción de nulidad la cual es de 4 años conforme a los lineamientos del Código Civil, los cuales

atienden derechos de naturaleza privada, con la extinción del derecho a accionar, cuando de derechos sociales se trata pues por su naturaleza son imprescriptibles e irrenunciables así lo ha establecido el máximo órgano de cierre como ya se anotó; además de ser imperativo del artículo 48 de la Carta Superior, quedando desatado de esta manera los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas.

*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.*

Con respecto a la petición del reconocimiento pensional presentada por el apoderado de la parte demandante, no es posible reconocerla, por cuanto lo que aquí se pretendía era la nulidad de la afiliación, pretensión que es excluyente con la petición de pensión, pues las condiciones y requisitos de ambos son diferentes para su estudio y necesita además de las pruebas obrantes en el proceso, el estudio pormenorizado de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses tal como lo dispone el art 1746 del C.C.; es decir que para hacer el reconocimiento y pago de dicha pensión, se debería contar con los rendimientos que se hubiesen causado y el valor girado al fondo de garantía de pensión mínima del referido régimen, así como el destinado a gastos de representación, elementos de juicio con lo que no se cuenta dentro del expediente.

Finalmente es necesario indicar que los restante puntos considerados en la sentencia proferida en primera instancia se encuentran ajustadas en derecho, no obstante lo anterior, los recursos de alzada ataca 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 del recurso de apelación.

Así las cosas, se confirmará en todas sus partes la sentencia de primer grado, con la consabida condena en costas a las recurrentes en alzada.

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 de Colombia y por autoridad de la ley, **FALLA:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha en audiencia pública verificada el trece (13) de febrero de 2020 en el proceso ordinario laboral promovido por IMELDA MERCEDES BARROS LOPEZ, contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales a la parte recurrente PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor de la parte demandante, regulando las agencias en derecho en este grado de conocimiento en la suma de un salario mínimo legal mensuales vigentes (1 s.m.l.m.v.), que debe de dividirse entre los recurrentes, conforme a las normas reglamentarias expedidas por el Consejo Superior de la Judicatura, valor que deberá incluirse en la liquidación concentrada según el artículo 365 del C.G.P.

TERCERO: AUTORIZAR la devolución del expediente a la oficina de origen, previo registro del egreso.

CUARTO: NOTIFICAR por estado esta providencia.

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada.

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado.

CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado.
Con impedimento