



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

Magistrado Ponente: Dr. HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES

CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DECIDE	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
RADICADO	44001-31-05-001-2020-00008-01
DEMANDANTE	CARMEN GUALE DE LUQUE C.C. 29.976.797
DEMANDADOS	<ul style="list-style-type: none">• ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES• SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.• UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP

Riohacha, treinta (30) junio de dos mil veintitrés (2023)

(Proyecto discutido y aprobado en Sala de la fecha, según Acta N° 041)

1. ASUNTO POR RESOLVER.

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los Magistrados **PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, CARLOS VILLAMIZAR SUAREZ Y HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES**, quien preside en calidad de Ponente, procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el numeral 1 del art. 13 de la Ley 2213 de 2022, en la que se decide el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación formulado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contra la sentencia dictada en audiencia pública por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, el 17 de noviembre de 2022, dentro del proceso de la referencia.

2. ANTECEDENTES.

2.1. La demanda.

CARMEN GUALE DE LUQUE mediante apoderada judicial, instauró proceso ordinario Laboral de Primera Instancia, pretendiendo se declare la ineficacia de la

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00008-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: CARMEN GUALE DE LUQUE
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: Sentencia Segunda Instancia

afiliación que hizo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. por la ausencia de la manifestación libre y voluntaria al traslado de régimen; que se le permita trasladarse del Fondo de Pensiones PORVENIR en régimen de ahorro individual, para retornar a COLPENSIONES en régimen de prima media con prestación definida y que éste, lo reciba como afiliado.

Como soporte de su pretensión refirió que, nació el 20 de septiembre de 1958 y cuenta con 61 años de edad, al momento de presentación de la demanda.

Que estuvo vinculada contractualmente con la E.S.E. HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS desde el 15 de septiembre de 1981 y luego en el HOSPITAL SANTA TERESA DE JESÚS DE ÁVILA, desde el 1 de julio de 1999 y hasta la fecha.

Que estuvo en el régimen de pensión de prima media con el ISS hoy COLPENSIONES desde el 15 de septiembre de 1981 hasta el 31 de julio de 1995, pues a partir del 1 de octubre de ese año, se afilió a PORVENIR S.A.; que actualmente cuenta con 1862,32 semanas efectivamente laboradas y cotizadas.

Que el cambio de régimen pensional se dio sin una manifestación libre y voluntaria, dado que desconocía la incidencia de aquella decisión, frente a los derechos pensionales.

Que Porvenir no documentó clara y suficientemente los efectos que acarrearía para la demandante, el cambio de régimen, pues no dio información precisa sobre los alcances positivos y negativos; que se limitó a promocionar el producto sin distinguir o asesorar sobre el monto de la pensión en cada uno de los regímenes existentes, la diferencia en la aplicación de los pagos de aportes que allí se realizarían, las implicaciones y las conveniencias o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación del cambio.

Que Porvenir no cumplió los estándares mínimos de transparencia, para pregonar que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y voluntaria por parte de la demandante, pues a pesar de haber laborado por más de 35 años con el dinero ahorrado no le alcanza para obtener una pensión de vejez digna.

Que tampoco Porvenir realizó una proyección donde se evidenciara el monto que requería para obtener una pensión proporcional al valor del IBL que cotiza y al momento de la afiliación no recibió información completa, detallada y comprensible sobre la elección del régimen pensional, a fin de ilustrarla en las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes en los dos regímenes existentes.

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00008-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: CARMEN GUALE DE LUQUE
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: Sentencia Segunda Instancia

Que al hacer el respectivo cálculo pensional ante los dos fondos resulta más favorable el brindado por COLPENSIONES, por ajustarse más a la realidad del salario devengado.

2.2. TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

2.2.1. La demanda fue admitida el 30 de enero de 2020¹ y se dispuso la notificación a las accionadas.

2.2.2. LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a través de apoderada contestó la demanda, se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló como excepciones de mérito las que denominó a) INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, b) COBRO DE LO NO DEBIDO, c) FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, d) EXCEPCIÓN DE BUENA FE y e) IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.

2.2.3. Mediante providencia del 27 de agosto de 2020, se tuvo por contestada la demanda por parte de COLPENSIONES y se requirió a la parte actora para que procediera con la notificación de PORVENIR.

2.2.4. La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., fue notificada personalmente el 12 de abril de 2021² y a través de apoderado, contestó la demanda con total oposición a las pretensiones, alegando que la vinculación fue producto de una decisión libre e informada, luego de haber sido asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de reiterarle las condiciones pensionales, conforme a la solicitud de vinculación No. 442152. Formuló como excepciones de mérito las que tituló 1) PRESCRIPCIÓN, 2) BUENA FE, 3) INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, 4) COMPENSACIÓN, 5) GENÉRICA.

2.2.5. Mediante providencia del 14 de junio de 2022³ el juzgado de primera instancia, tuvo por contestada la demanda de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.; en la misma providencia ordenó vincular a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP**.

2.2.6. La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP**, dio

¹ Folio 21 del cuaderno de primera instancia

² Folio 92, ibidem

³ Folio 279, ibidem

contestación a la demanda con oposición a las pretensiones, formulando como excepciones de mérito las que denominó: i) FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, ii) INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN, iii) PRESCRIPCIÓN.

2.2.7. En auto del 11 de agosto de 2022⁴, se tuvo por contestada la demanda y se fijó fecha y hora para la diligencia de que trata el artículo 77 del CPTSS.

2.2.8. La audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación de litigio, se llevó a cabo el 24 de octubre de 2022⁵.

2.3. SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

La Juez de conocimiento profirió sentencia, el diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós (2022), en la que declaró la ineficacia de la afiliación que la señora CARMEN GUALE DE LUQUE hizo de CAJANAL a PORVENIR S.A. y en consecuencia, ordenó a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. que en el término improrrogable de tres (03) meses, realice el traslado a COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, junto con todos los rendimientos que se hubieren causado. Por último, ordenó a COLPENSIONES realizar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, y a recibir los aportes que sean trasladados por PORVENIR no solo el ahorro, sino también los rendimientos.

Sustentó su decisión indicando que está acreditado que la accionante en el año 1995 realizó el cambio de régimen de prima media al individual, sin que se acreditara que al momento de ser abordado y convencido para trasladarse al fondo privado, contó con la información adecuada, suficiente y comprensible sobre las etapas del proceso de afiliación al RAIS y con los beneficios e inconvenientes que le generaría dicho traslado; que el simple formulario de vinculación en el que se plasmaba la voluntad de afiliación, no es suficiente, por lo que se declaró la ineficacia del traslado.

2.4. DE LA APELACIÓN.

2.4.1. LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, interpuso el recurso de apelación alegando que no es procedente las pretensiones, teniendo en cuenta que según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 100 de 1993 en el inciso 4 hasta el momento de entrar en vigencia el régimen, quienes tengan 35 años de edad si es mujer o 40 años si son hombres, no sería aplicable cuando estas personas, voluntariamente se acojan al régimen de

⁴ Folio 354 y siguientes del cuad. ppal

⁵ Folio 365 y 266, ibidem

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00008-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: CARMEN GUALE DE LUQUE
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: Sentencia Segunda Instancia

ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetaran a todas las condiciones previstas en dicho régimen, lo cual sucedió en este caso.

Que COLPENSIONES no es quien, para pedirle a sus afiliados que soliciten el cambio de régimen de prima media al RAIS, por lo que la solicitud se presume responde al estudio minucioso hecho en cumplimiento de la Ley 797 de 2003; que no puede la actora solicitar el traslado cuando faltan menos de 10 años o meses para cumplir la edad, por lo que pide que se revoque la sentencia.

2.4.2. LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., impugnó la sentencia en cuanto se refiere a la condena en costas, pues asegura que cumplió con los deberes de información y era la actora quien debía determinar si le convenía el cambio de régimen o no, por lo que se presume que actuaron de buena fe, conforme a las normas vigentes para ese momento, por lo que considera debe exonerársele del pago de las costas.

2.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

2.5.1. La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, recorrió el traslado en esta instancia suplicando la confirmatoria de la sentencia de primera instancia, dado que la entidad no está llamada a responder, por las obligaciones que resulten eventualmente de las resultas del proceso.

2.5.2. La apoderada de la parte demandante, solicita la confirmación de la sentencia, insistiendo que la demandante no fue informada en debida forma sobre los beneficios del cambio de régimen y por tanto, el traslado que hizo motivado e ilusionado en tener una mejor mesada pensional, debe declararse ineficaz.

2.5.3. LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., recorrió el traslado alegando la imposibilidad de acceder a las pretensiones del líbello, por lo que suplica que se revoque la sentencia, no obstante lo anterior, el único reparo verbal al momento de sustentar el recurso se contrajo a la condena en costas.

2.5.4. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, guardó silencio.

3. CONSIDERACIONES

Preliminarmente debe expresarse, que verificado el expediente, se tiene que la primera instancia remitió con el fin de que se resolviera el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES y PORVENIR y se surtiera el grado jurisdiccional de consulta la primera de ellas, ante lo cual, se colige que el

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00008-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: CARMEN GUALE DE LUQUE
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: Sentencia Segunda Instancia

interés jurídico de la consulta para el presente caso, es la tutela del interés público, y esta desata al fallador de segunda instancia, otorgándole la potestad de revisar la sentencia en su integralidad, despojando de las reglas propias del solo recurso de apelación, en cuanto al principio de consonancia.

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

Examinado el proceso, se establece, que la parte demandante cumplió con la exigencia del artículo 6 C. P. del T. y de la S. S., porque hizo la reclamación administrativa ante el fondo de pensiones.

3.1. COMPETENCIA.

Se conoce del proceso con el objeto de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PORVENIR, contra la sentencia de primera instancia, tarea judicial que otorga competencia al *ad quem* para revisar los puntos objeto de reparo con el fin de determinar si se comparte y surtir el grado jurisdiccional de consulta.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Debe declararse la ineficacia de la afiliación de la señora **CARMEN GUALE DE LUQUE** y en consecuencia, ordenar el traslado **del RÉGIMEN AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**, administrado por la AFP demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en el que se encuentra afiliada la parte actora, al **RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA**, administrado por la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES?**

3.3. FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

La Ley 100 de 1993 mediante la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, procuró unificar los distintos regímenes pensionales que hasta el momento existían y para ello se crearon dos sistemas pensionales, así: a) un régimen solidario de prima media con prestación definida caracterizado por una mesada pensional determinada y preestablecida, siempre que se cumpliera con los dos requisitos edad y semanas de cotización y, b) un régimen de ahorro individual con solidaridad en que la mesada pensional que depende del aporte acumulado realizado por el afiliado, más los rendimientos financieros de capital, siempre que dicha suma garantice el pago de una pensión equivalente al 10% del salario mínimo mensual vigente al tiempo del reconocimiento.

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00008-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: CARMEN GUALE DE LUQUE
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: Sentencia Segunda Instancia

Por lo anterior, se permitió el traslado de los afiliados a cualquiera de los regímenes, salvo las personas que reunieran las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al RAIS, no se hayan regresado al RPM, podían volver en cualquier tiempo conforme a la sentencia C-789 de 2002, esto es, que al 1 de abril de 1994 contaran con 15 años de servicios; sin embargo, dicho postulado tiene su excepción cuando la elección de cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, no está precedida de una decisión libre y voluntaria de su afiliado, dado que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión que se adopte al momento del traslado, sin importar si la persona es o no, beneficiaria del régimen de transición, o si tiene un derecho consolidado, o está próximo a pensionarse.

En sentencia SU-130 de 2013 la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, unificó jurisprudencia en torno al traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, en el caso de beneficiarios del régimen de transición, en dicha sentencia se dijo:

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

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

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en radicación 31314 del 9 de septiembre de 2008 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón, se pronunció sobre la omisión de los Fondos de Pensiones en proporcionar información completa acerca del traslado de régimen, en dicha sentencia se indicó lo siguiente:

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional (...). Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00008-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: CARMEN GUALE DE LUQUE
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: Sentencia Segunda Instancia

información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada. No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Frente a la constatación del deber de información, la sentencia SL17447-2017 profundizó sobre ello, aduciendo que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación era insuficiente, en los siguientes términos:

“Por demás las implicaciones de la asimetría en la información determinante para advertir la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la Ley, sino soportadas en principios de <buenafé deservicio a los intereses sociales> en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que (Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen de suerte que les permita, a través de los elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores condiciones del mercado) Y concluyó: “De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”

En sentencia SL17595-2017 la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Magistrado Fernando Castillo Cadena aclaró lo referente al formato de traslado y la fórmula “libre y voluntaria” contenida en dichos documentos:

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

En la sentencia SL 1452-2019 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO,

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00008-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: CARMEN GUALE DE LUQUE
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: Sentencia Segunda Instancia

decantó un conjunto de subreglas que respaldan la procedencia de la ineficacia del traslado del régimen pensional, ante la falta de prueba que acredite el cumplimiento del deber de información por los fondos privados de pensiones, por lo que la administradora debe brindar una información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, entre ellos, la pérdida del régimen de transición.

Por lo anterior, dicha Corporación concreta que los efectos de la declaratoria de ineficacia son imprescriptibles, ordenando devolver las cosas al estado anterior, lo cual varía cuando se adquirió la condición de pensionado, dado que se trata de una situación jurídica consolidada, que no es posible razonable revertir o retrotraer, dejando abierta la posibilidad de reclamar una indemnización total de perjuicios por el incumplimiento del deber de información.

Por último y frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que incluye la devolución de saldos al afiliado con los gastos de administración, debidamente indexadas, con la prohibición de descontar los gastos de administración comisiones y otros. Así en sentencia SL31782-2021 del 3 de marzo de 2021 radicación 68471 MP DR. GERARDO BOTERO ZULUAGA, expuso:

“... en razón a advertirse que por el transcurrir del tiempo y la tardanza en el pago, hay una devaluación de la moneda colombiana que afecta directamente el valor del retroactivo pensional y, por ende, derechos del pensionado. Con lo anterior se busca el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, con base en el índice de precios al consumidor, y así hacer efectiva la materialización de lo previsto en el artículo 53 constitucional, tal y como se sostuvo recientemente por esta Sala en el nuevo criterio doctrinal adoptado en la sentencia CSJ SL359-2021, en donde se dijo:

Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (artículo 53 de la Constitución Política), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibidem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito”.

3.4. DEL CASO CONCRETO

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00008-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: CARMEN GUALE DE LUQUE
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: Sentencia Segunda Instancia

Es claro para la Sala que lo solicitado por la parte demandante, en el presente caso es la declaratoria de ineficacia de la afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad para en últimas regresar al Régimen de Prima Media, por lo que se considera oportuno estudiar cuáles son los eventos bajo los cuáles, puede darse el cambio de régimen pensional, según los parámetros constitucionales, jurisprudenciales y legales, siendo estas:

1-. En cualquier tiempo, cada 5 años y siempre y cuando no le falte 10 o menos años para alcanzar la edad de pensión (artículo 13 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es de subsunción normativa), en este evento, solo es necesario verificar la edad del afiliado y que no haya surtido traslado dentro de los 5 años anteriores a la solicitud del cambio.

2-. En cualquier tiempo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones al 1 de abril de 1994), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición (SU-130 de 2013 Corte Constitucional).

3-. En cualquier tiempo, si la información proporcionada para la afiliación no fue veraz y suficiente, con el deber del buen consejo, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes a que se hizo referencia en la jurisprudencia estudiada. Este criterio fue desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en aplicación de normas de carácter civil, y de la seguridad social, pues la desinformación del afiliado constituye la ineficacia del traslado por constituirse el deber de información, en un imperativo legal al momento de efectuar el traslado respectivo.

Ahora bien, en lo que respecta a la obligación del fondo para determinar si cumplió en forma oportuna y suficiente al momento de hacer el traslado, ha señalado la Corte Suprema de Justicia, que la carga probatoria, radica en cabeza de la AFP, ya que en ella, reposa la salvaguarda de la información, es la depositaria administradora del sistema de seguridad social, y por ende, se le facilita la demostración del cumplimiento de tales deberes, pues el afiliado difícilmente puede encontrar dichos medios de demostración, por lo que en estos eventos, se redistribuye la carga de la prueba, atribuyéndole a quien tenía a su carga, el deber de información.

Frente a la evolución normativa del deber de información, la sentencia CSJ SL1688-2019, de fecha 8 de mayo de 2019 radicación 68838 Magistrada Ponente DRA. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, expuso:

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00008-01
 Proc: ORDINARIO LABORAL
 Acte: CARMEN GUALE DE LUQUE
 Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
 Decid: Sentencia Segunda Instancia

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.

De acuerdo con la providencia citada anteriormente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señala que la constatación del deber de información es ineludible, por lo que desde su creación las AFP tenían el deber de brindar información a los afiliados y usuarios del sistema pensional, a fin de que pudieran adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre el futuro pensional; que con el transcurso del tiempo, el grado de intensidad de esta existencia, cambió para acumular más obligaciones, pasando del deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo y finalmente al de doble asesoría, punto que debe ser analizado por el juez al momento de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que desde el inicio siempre ha existido.

En el asunto sometido a consideración, se tiene que la señora CARMEN GUALE DE LUQUE nació el 20 de septiembre de 1958 y que cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde el 15 de septiembre de 1981 y el 31 de julio de 1995, y partir del 1 de octubre de ese año se afilió al RAIS en el FONDO DE CESANTÍAS Y PENSIONES PORVENIR S.A.

Como fundamento de las pretensiones alegó la demandante, que PORVENIR S.A. no documentó en forma clara y suficientemente los efectos que acarrearía el cambio

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00008-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: CARMEN GUALE DE LUQUE
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: Sentencia Segunda Instancia

de régimen, pues no se delimitó los alcances positivos y negativos con el cambio de régimen; que la entidad se limitó a promocionar su producto, sin distinguir o asesorar la diferencia que resultaría en cada uno de los regímenes existentes, la diferencia en la aplicación de los pagos de los aportes y las implicaciones y las conveniencias o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de cambio.

Tal como se indicó anteriormente, le correspondía al FONDO DE PENSIONES demostrar que cumplió con el deber de información y asesoría, dando a conocer la información necesaria, con el deber de buen consejo sobre los beneficios e inconvenientes en cada uno de los regímenes.

La defensa del fondo descansa en la prueba documental, relacionada con la afiliación de la parte actora al fondo privado, sin que de ella se pueda deducir que se hubiere suministrado la información completa y comprensible, orientándola sobre las consecuencias de la elección del régimen pensional, con la ilustración suficiente de la 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.

De lo expuesto entonces, el cambio del régimen debía estar precedido de una ilustración al trabajador 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 plenario y, por tanto, resulta ineficaz el traslado que realizara la parte actora, tal como lo determinara la funcionaria de primer grado.

Sobre la ineficacia del traslado, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1055-2022 radicación No. 87911 del 2 de marzo de 2022, con ponencia del Magistrado IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ, expuso:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00008-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: CARMEN GUALE DE LUQUE
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: Sentencia Segunda Instancia

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.”

La declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), es decir que las cosas vuelven al estado anterior, como si el acto jamás hubiera exigido, por lo que el fondo privado deberá trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantías de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES.

Frente al reparo de COLPENSIONES, si bien el afiliado tuvo la oportunidad para trasladarse cuando aún le faltaban más de 10 años para cumplir la edad de pensión, lo cierto es que tal como lo señala la parte actora, 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, razón por la que no resulta de recibo para la Sala dicha excusa, pues era con rendida prueba que ha debido acreditarse que se cumplió con el deber de información veraz y suficiente, para el momento en que se realizó el traslado o afiliación al fondo.

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

Ahora bien, en lo que respecta a la inconformidad por la condena en costas invocada por PORVENIR, debe indicarse que según lo prevé el artículo 365 del C.G.P., en los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena se impondrá a la parte vencida en el proceso, por lo cual no es posible exonerarlo de dicha condena. Si bien la demandada ha podido allanarse a las pretensiones de la demanda, lo cierto es que fincó su oposición en ellas, de donde resulta válido imponer la condena impuesta.

En cuanto a los argumentos invocados en el curso de la segunda instancia por parte de PORVENIR, es un punto que no fue sustentado al momento de interponer el recurso de apelación, por lo que mal podría en esta instancia adicionar un nuevo

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00008-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: CARMEN GUALE DE LUQUE
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: Sentencia Segunda Instancia

reparo contra la sentencia. Sobre el punto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL9512-2017 de fecha 21 de junio de 2017 siendo Magistrado Ponente el Dr. LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS, expuso:

“Después, la Ley 712 de 2001, por intermedio de su artículo 35, que adicionó el artículo 66 A al Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, estableció el principio de consonancia, según el cual «La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objetos de apelación». Nada dijo la nueva ley sobre la oportunidad para interponer el recurso, de manera que en este punto siguió imperando el artículo 66 al que inicialmente se aludió, en concordancia con el 57 de la Ley 2 de 1984. Es decir, que la oportunidad para interponer y sustentar el recurso de apelación, era en el acto de la audiencia de manera oral, o dentro de los tres días siguientes si el recurso se interponía por escrito.

Por su parte, el artículo 40 ibídem, que reformó el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, determinó que recibido el expediente para resolver la apelación o consulta de la sentencia, el magistrado ponente concedería a las partes un término de cinco días para que presentaran sus alegaciones o solicitaran la práctica de las pruebas a que hace mención el artículo 83 del código. Pero no era esta una oportunidad adicional para que frente a la sentencia de primera instancia se expusieran nuevos motivos de disenso; a lo sumo, lo único que podría hacerse era ampliar o ahondar las alegaciones pero en torno a los motivos de apelación inicialmente expuestos.

Finalmente, el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, que subrogó el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, estableció que las sentencias de primera instancia son apelables, en el efecto suspensivo, «en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria». Y en cuanto a la concesión o denegación por el juez, señaló que debía hacerlo inmediatamente, es decir, en el mismo acto de la audiencia”.

De todo lo anterior, se constata entonces que dicho punto no puede ser objeto de pronunciamiento en esta instancia.

En consecuencia, dado que era procedente la declaratoria de ineficacia del traslado, se confirmará la sentencia apelada. Costas a cargo de la parte que le resulta desfavorable el recurso (art. 365-1 C. G. del P.) COLPENSIONES Y PORVENIR. En consecuencia, fíjese como agencias en derecho el equivalente a 1/2 salario mínimo legal mensual a cada una de las apelantes y a favor de la parte actora, el cual deberá ser liquidado por el funcionario de primer grado, conforme lo señala el artículo 366 del CG de P.

Se reconocerá personería a la abogada MILAGROS DEL CARMEN PARTENINA MARTELO identificada con cédula de ciudadanía número 1.103.106.188 y portadora de la T.P. 238.791 del C.S. de la J. de la firma PANIAGUA & COHEN ABOGADOS S.A.S., como apoderada de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder otorgado. Se entenderá revocado todo poder otorgado con anterioridad, conforme lo dispone el artículo 76 del C.G.P.

3.5.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00008-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: CARMEN GUALE DE LUQUE
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: Sentencia Segunda Instancia

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

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, en el proceso ordinario laboral adelantado por **CARMEN GUALE DE LUQUE** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL “U.G.P.P.”**, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a **COLPENSIONES Y PORVENIR** y a favor de la parte demandante, ante el resultado del recurso interpuesto. Como agencias en derecho se fija el equivalente a $\frac{1}{2}$ salario mínimo legal mensual a cada una de ellas, el cual deberá ser liquidado por el funcionario de primer grado, conforme lo señala el artículo 366 del CG de P.

TERCERO: RECONOCER personería a la abogada **MILAGROS DEL CARMEN PARTENINA MARTELO** identificada con cédula de ciudadanía número 1.103.106.188 y portadora de la T.P. 238.791 del C.S. de la J. de la firma **PANIAGUA & COHEN ABOGADOS S.A.S.**, como apoderada de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder otorgado. Se entenderá revocado todo poder otorgado con anterioridad, conforme lo dispone el artículo 76 del C.G.P.

CUARTO: Una vez en firme la presente sentencia, por Secretaría, devuélvase el proceso al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES
Magistrado Ponente

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00008-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: CARMEN GUALE DE LUQUE
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS
Decid: Sentencia Segunda Instancia

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada

(Ausente de la Sala con Permiso)

CARLOS VILLAMIZAR SUAREZ
Magistrado

Firmado Por:

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: **b59d0dd6e0a341870c086be344af830ab4e4b583a54de4ea03448b50cbb7a6b2**

Documento generado en 30/06/2023 12:08:15 PM

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