



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	44001-31-05-002-2021-00076-01
DEMANDANTE	ISMAEL DARÍO FERNÁNDEZ GÁMEZ C.C. 17.950.904
DEMANDADOS	<ul style="list-style-type: none">• ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES• SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Riohacha, veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

(Proyecto discutido y aprobado en Sala de fecha 18 de septiembre de 2023 según Acta N° 056).

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, LUIS ROBERTO ORTIZ ARCINIEGAS 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 Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, el 11 de abril de 2023, dentro del proceso de la referencia.

2. ANTECEDENTES.

2.1. La demanda.

ISMAEL DARÍO FERNÁNDEZ GÁMEZ mediante apoderado judicial, instauró proceso ordinario Laboral de Primera Instancia, pretendiendo se declare que es “NULO, INEFICAZ Y POR LO TANTO INEXISTENTE” (sic) la afiliación y traslado que hizo del extinto ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS, por cuanto nunca se le proporcionó una información completa y

Rdo: 44001-31-05-002-2021-00076-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Ddte: ISMAEL DARÍO FERNÁNDEZ GÁMEZ
Dddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
Decid: Sentencia Segunda Instancia

comprensible sobre las consecuencias de la elección del régimen, ilustrándolo sobre las diferentes alternativas, beneficios e inconvenientes entre los dos regímenes pensionales existentes en el país; que en consecuencia se declare como válida la afiliación al ISS hoy COLPENSIONES y el regreso al régimen de prima media con prestación definida, para lo cual COLPENSIONES deberá recibir las cotizaciones, junto con todos los frutos e intereses.

Como soporte de sus pretensiones refirió que, nació el 05 de enero de 1967 y cuenta con 54 años de edad, al momento de presentación de la demanda.

Que empezó a cotizar en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS desde el 28 de agosto de 1987, alcanzando a cotizar un total de 400 semanas al régimen de prima media con prestación definida.

Que viene laborando al servicio de la sociedad IDECOMER S.A.S. hasta la fecha de presentación de la demanda, contando con un total de semanas de 975 al régimen de ahorro individual en la AFP PORVENIR S.A.; que sumando el tiempo cotizado entre el régimen de prima media con prestación definida y el tiempo cotizado al régimen de ahorro individual, tiene 1370 semanas.

Que el 23 de mayo de 2001 el demandante se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., en la que la ejecutiva de ventas le manifestó que, si se traslada a ese fondo, tendría mejores garantías, ofreciendo pensiones con unos beneficios que jamás podrían ser cumplidos; que la asesora comercial de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. al realizar el traslado de régimen, nunca revisó los derechos adquiridos, con lo que contaba el actor.

Que el 24 de febrero de 2001 ante PORVENIR y COLPENSIONES elevó derecho de petición, solicitando la nulidad de la afiliación, pero le fue negada.

Que PORVENIR S.A. desconoce el ingreso base de liquidación y/o el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, el cual a la fecha es de \$5.500.000, por lo que considera fue engañado e inducido en error, por lo que hay un vicio del consentimiento, que hace nulo el traslado del régimen.

Que Porvenir nunca le proporcionó al actor una información completa y comprensible, a fin de ilustrarlo en las diferentes alternativas que pudiera tener, ya fueran beneficios e inconvenientes, ventajas y desventajas hacia a futuro, ni las modalidades de pensión que iba a recibir, por lo que se ve perjudicado sobre la proyección de la mesada pensional.

2.2. TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

2.2.1. La demanda fue admitida el 11 de octubre de 2021¹ y se dispuso la notificación a las accionadas.

2.2.2. La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., compareció al proceso y, a través de apoderado judicial contestó la demanda con total oposición a las pretensiones, alegando que la vinculación fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, luego de habersele informado amplia y oportunamente sobre las implicaciones de su decisión, sobre el régimen de ahorro individual y particularmente el régimen de transición y bonos pensionales. Formuló como excepciones de mérito las que tituló 1) PRESCRIPCIÓN, 2) BUENA FE, 3) INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, 4) COMPENSACIÓN, 5) GENÉRICA.

2.2.3. 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) CARENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, c) COBRO DE LO NO DEBIDO, d) BUENA FE, e) PRESCRIPCIÓN, f) COMPENSACIÓN, g) INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y h) LA GENÉRICA.

2.2.4. Mediante providencia del 8 de noviembre de 2022, se tuvo por contestada la demanda por parte de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., por lo que se fijó fecha y hora para la audiencia del artículo 77 del CPTSS.

2.2.5. La audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación de litigio, se llevó a cabo el 23 de marzo de 2023².

2.3. SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

La Juez de conocimiento profirió sentencia, el once (11) de abril de dos mil veintidós (2022), en la que declaró la ineficacia de la afiliación que el señor ISMAEL DARÍO FERNÁNDEZ GÁMEZ hizo a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. En consecuencia, dispuso que nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Ordenó a 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

¹ Numeral 07 del expediente digital de primera instancia

² Numeral 016, ibídem

Rdo: 44001-31-05-002-2021-00076-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Ddte: ISMAEL DARÍO FERNÁNDEZ GÁMEZ
Dddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
Decid: Sentencia Segunda Instancia

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 el accionante 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; que frente a la excepción de prescripción, conforme lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tratándose de un derecho pensional es imprescriptible, por lo que es posible reclamar la declaratoria de ineficacia en cualquier tiempo, como consecuencia de la trasgresión del deber de información.

2.4. DE LA APELACIÓN.

2.4.1. LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, interpuso el recurso de apelación alegando que, la entidad no puede impedir a los afiliados que escojan el régimen de pensiones que prefieran; que si el actor escogió el régimen con ahorro individual en la AFP PORVENIR, en dicha decisión la entidad no tuvo incidencia y no se le aceptó dicho traslado por vía administrativa, teniendo en cuenta la imposibilidad legal que existe entre la norma establecida en la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, por lo que pide que no se le condene en costas, dado que actuó bajo los mandamientos legales establecidos en el caso.

2.4.2. LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., impugnó la sentencia señalando que no se tuvo en cuenta las teorías de las restituciones mutuas que trata el Código Civil en su artículo 1746, en el entendido de que no se autorizó a Porvenir S.A. a descontar los valores correspondientes al porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual realizada al sistema general de pensiones por concepto de los gastos de administración, durante el periodo en que el afiliado estuvo vinculado a PORVENIR, como tampoco se ordenó al demandante a pagar el valor correspondiente al costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos, con lo que se desconoce los gastos en que incurrió la administradora y se incrementa el capital del ahorro, lo cual constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones; que por lo anterior, pide que no se le condene en costas a la administradora, por encontrarse el demandante inmerso en la prohibición legal del literal e del artículo 13 de la Ley 100 modificado por la Ley 797 de 2003 que impide

que se realice el traslado y por ello, era necesario que acudiera a la jurisdicción ordinaria.

2.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

2.5.1. LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., recorrió el traslado alegando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, dado que no se probó ninguno de los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado o algún vicio del consentimiento de que trata el artículo 1508 de la misma obra, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

Afirma que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, que hubiere realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere siquiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1749 y siguientes, por lo que estima debe acudirse a las normas propias del sistema general de pensiones.

Agrega que no se probó los presupuestos legales, pues el formulario diligenciado por el actor es un documento público que se presume auténtico y la declaración de que trata el art. 114 de la Ley 100 de 1993, fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 del C.G.P., por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Alega que como no se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciada por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, por lo que estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del C.C., por la ratificación tácita de la parte demandante al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado.

Señala que PORVENIR siempre le garantizó el derecho de retracto, sin que se ejerciera esta facultad, por lo que el cambio efectuado de régimen por la demandante fue de forma libre y voluntaria; que además allegaron las pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora al momento de la vinculación,

Rdo: 44001-31-05-002-2021-00076-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Ddte: ISMAEL DARÍO FERNÁNDEZ GÁMEZ
Dddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
Decid: Sentencia Segunda Instancia

por lo cual no es admisible asegurar que no cumplió con la carga de la prueba, motivo por el que señala no puede imponérsele cargas a la entidad, dado que con ello se vulnera el debido proceso y la confianza legítima.

Insiste que no era procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado del RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas señaladas anteriormente, por lo que apela a lo dispuesto en el artículo 1602 del C.C. según el cual señala que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, máxime cuando está acreditada que cualquier declaración de ineficacia o nulidad esta prescrita.

En cuanto a las restituciones mutuas, alega que no se puede condenar a la entidad a restituir a favor del afiliado y por ende, de un tercero como lo es COLPENSIONES de los rendimientos financieros que logró la entidad, así como tampoco es posible la devolución de las primas de seguros, ya que ello sería un enriquecimiento sin causa; que por lo anterior pide que se autorice a PORVENIR a descontar el valor el 3% equivalente de la cotización mensual realizada al Sistema General de Pensiones por concepto de los gastos de administración y el costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos.

Pide que se revoque en su integridad la sentencia y se absuelva a la entidad demandada.

2.5.2. El apoderado de la parte actora, recorrió el traslado y pidió que se confirme en todas sus partes la sentencia de primera instancia.

2.5.3. LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, 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 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.

Rdo: 44001-31-05-002-2021-00076-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Ddte: ISMAEL DARÍO FERNÁNDEZ GÁMEZ
Dddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
Decid: Sentencia Segunda Instancia

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; adicional se observa la debida integración de la Litis, pues se constituyó como parte la Agencia Nacional Para la Defensa Jurídica del Estado, pese a que esta no se pronunció.

3.1. COMPETENCIA.

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 del señor **ISMAEL DARÍO FERNÁNDEZ GÁMEZ** y, en consecuencia, ordenar el traslado **del RÉGIMEN AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**, administrado por la AFP demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en el que se encuentra 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.

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

Rdo: 44001-31-05-002-2021-00076-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Ddte: ISMAEL DARÍO FERNÁNDEZ GÁMEZ
Dddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
Decid: Sentencia Segunda Instancia

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 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

Rdo: 44001-31-05-002-2021-00076-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Ddte: ISMAEL DARÍO FERNÁNDEZ GÁMEZ
Dddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
Decid: Sentencia Segunda Instancia

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 <buena fe 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 formula “libre y voluntaria” contenida en dichos documentos:

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

También 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, 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

Rdo: 44001-31-05-002-2021-00076-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Ddte: ISMAEL DARÍO FERNÁNDEZ GÁMEZ
Dddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
Decid: Sentencia Segunda Instancia

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 Magistrado Ponente 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

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:

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 exigencia, 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 el señor ISMAEL DARÍO FERNÁNDEZ GÁMEZ nació el 05 de enero de 1967 y que cotizó al régimen de prima media con prestación definida hasta el 22 de mayo de 2001, pues al día siguiente se afilió a la AFP PORVENIR.

Como fundamento de las pretensiones alegó el demandante, que la AFP PORVENIR S.A. documentó en forma clara y suficientemente los efectos que acarrearía el cambio de régimen, pues no se delimitó los alcances positivos y

Rdo: 44001-31-05-002-2021-00076-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Ddte: ISMAEL DARÍO FERNÁNDEZ GÁMEZ
Dddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
Decid: Sentencia Segunda Instancia

negativos; que le ofrecieron mejores garantías y que se pensionaría con mejor rentabilidad, pudiendo obtener una pensión por anticipado, pero la información brindada fue errónea, dado que nunca le explicaron las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes en los dos regímenes pensionales existentes en el país.

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 las diferentes alternativas, con sus beneficios y desventajas, que le hubieran permitido conocer el verdadero alcance de su decisión.

Tal como lo ha determinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia SL4964-2018) la simple firma del formulario, no es suficiente para dar por demostrado el deber de información adecuada y veraz, pues dichas expresiones al tenor de lo señalado por la Corte son genéricas que, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado.

De lo expuesto entonces, el cambio del régimen debía estar precedido de una ilustración al usuario 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: 44001-31-05-002-2021-00076-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Ddte: ISMAEL DARÍO FERNÁNDEZ GÁMEZ
Dddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
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.

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

No es cierto que al fondo de pensiones accionado se le estén imponiendo cargas no contempladas en el ordenamiento jurídico al momento de la celebración del acto, ya que, según la normativa de la seguridad social vigente al momento del traslado, les asistía a las Administradoras de Fondos de Pensiones el deber de información consagrado en los artículos 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993³, deber que, como ampliamente se ha referido, no fue cumplido por la demandada.

Frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado en sentencia con radicación 31989 de 8 de septiembre de 2008 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia refirió lo siguiente:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas

³ Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.

Rdo: 44001-31-05-002-2021-00076-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Ddte: ISMAEL DARÍO FERNÁNDEZ GÁMEZ
Dddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
Decid: Sentencia Segunda Instancia

adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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

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

Ahora bien, en lo que respecta a la inconformidad por la condena en costas invocada por COLPENSIONES y 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 las demandadas han podido allanarse a las pretensiones de la demanda, lo cierto es que fincaron su oposición en ellas, de donde resulta válido imponer la condena impuesta.

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.

3.5.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

DECISIÓN

Rdo: 44001-31-05-002-2021-00076-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Ddte: ISMAEL DARÍO FERNÁNDEZ GÁMEZ
Dddo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRA
Decid: Sentencia Segunda Instancia

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 once (11) de abril de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, en el proceso ordinario laboral adelantado por **ISMAEL DARÍO FERNÁNDEZ GÁMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, 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 ½ 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: Una vez en firme la presente sentencia, por Secretaría, devuélvase el proceso al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES
Magistrado Ponente

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada

LUIS ROBERTO ORTIZ ARCINIEGAS
Magistrado

Firmado Por:

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

Luis Roberto Ortiz Arciniegas
Magistrado
Sala 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: **f96d47edf2ac1e6ad11b9c6a61f345e451f775d2ec8a4f601bbc77271b5ab6af**

Documento generado en 26/09/2023 03:36:05 PM

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