



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

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada Ponente

Riohacha, La Guajira, veintiocho (28) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Discutida y aprobada en sesión virtual, según consta en acta N°29

Radicación N° 44-001-31-05-002-2019-00245-01 proceso Ordinario Laboral. Demandante: ALVARO EVARISTO GNECCO RODRIGUEZ contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A.- UGPP

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 cuatro (4) de noviembre del dos mil veinte (2020).

ANTECEDENTES.

1.1. La demanda.

El señor ALVARO EVARISTO GENECCO RODRIGUEZ , 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 del fondo de pensiones **PORVENIR** 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 a el actor como afiliado al régimen de pensiones en prima media con prestación definida.

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.**, quedando sin validez el traslado efectuado por el demandante en los diferentes fondos; así mismo, ordenó a PORVENIR, para que el termino improrrogable de 3 meses proceda a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, junto con los rendimientos que se hubiesen causado; ordenó a COLPENSIONES realizar la afiliación de la actora al régimen de prima media con prestación definida y a recibir los aportes que serán trasladados por PORVENIR, no solo el ahorro, sino también los rendimientos; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó en costas a PORVENIR en suma de 4 salario mínimos legales mensuales vigente; absolvió a la UGPP de las pretensiones formuladas en su contra.

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:

“Señora juez me permito presentar recurso de apelación ante la decisión adoptada para que el tribunal superior sala laboral revoque la decisión y absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la presente demanda, toda vez que la afiliación del actor a la ACP. PORVENIR radica desde el año 1996 no adolece de ningún vicio y de haber existido este se encuentra totalmente saneado con el paso del tiempo y con la ratificación de los actos jurídicos realizados por el demandante, en este sentido resulta inverosímil que 24 años después de haberse trasladado el actor pretenda un traslado prohibido por la ley vigente en el sentido que se encuentra en menos de 10 años para acceder a su pensión y no es beneficiario que el régimen de transición, más cuando en el expediente obra prueba fehaciente de la asesoría brindada al afiliado, así las cosas no existe razón legal para ordenar el traslado deprecado, además se demostró a través del interrogatorio que el

demandante desconoce las implicaciones jurídicas del traslado deprecado por lo que no es facultad de mi representada asumir la decisión del actor para conocer la información relacionada con las prestaciones sociales para la contingencia de vejez, invalidez y muerte, pues es iniciativa propia ya que quedo probada en el proceso que mi representada garantizo en todo momento al demandante tanto su derecho de retracto, como las modificaciones introducidas por la ley 797 del 2003 del régimen de seguridad social, por lo que se reitera a los magistrados que la mera aseveración de falta de información deprecada por el demandante no es conducente para probar los hechos aquí referidos, en el desarrollo del principio de seguridad jurídica del ordenamiento civil colombiano adopto el principio general del derecho romano, según la cual la ignorancia del derecho no sirve de excusa, con la consecuencia de que el error de derecho no lo perjudica, así lo estableció el artículo 9 del código civil norma aplicable por analogía en este caso y en virtud de la cual la ignorancia de las leyes no sirve de excusa y así mismo en el artículo 1509 ídem, una de las normas que se pueda aplicar en esta demanda que se estudia que dispone que el error sobre el punto de derecho no vicia el consentimiento, esto último significa que el error de derecho no da lugar a la declaración judicial de nulidad del negocio jurídico y que por lo tanto la parte que lo cometió debe asumir, todas las consecuencias de su celebración.

Finalmente en lo que respecta a la devolución de rendimientos y cuota de administración, no debe perderse de vista que la administradora de fondos y cesantías son entidades especializadas y autorizadas legalmente para realizar la función de administrar ahorros para las pensiones de los trabajadores y gestionar el pago de las prestaciones y beneficios que la ley establece, dicho lo anterior la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena ejecución de la función de administración en cabeza de la administradora, es decir, gracias a la gestión de la administradora la cuenta de ahorro individual sea incrementado en determinado porcentaje, lo que no hubiere sido posible si el afiliado estuviera cotizando en el régimen de prima media con prestación definida, razón por las cuales no deben ser devueltos los rendimientos ni los gastos de administración, inclusive la norma así lo expresa en su artículo 113 de la ley 100 de 1993, que los emolumentos que deben ser trasladados en caso de que el afiliado los solicite se encuentran enunciado en el literal B, indicando lo siguiente: si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad, al régimen de prestaciones definidas se transferirá a este último

el saldo de la cuenta individual, que se acreditara en termino de semanas cotizadas de acuerdo con el salario base de cotización, por lo que es claro que el legislador no incluye los gastos de administración al momento de traslado de régimen pensional, lo anteriormente expuesto se refuerza con lo señalado con la superintendencia financiera de Colombia en el concepto de radicado 2019152169003 de fecha 15 de enero de 2020, en el que plantea lo siguiente, en atención de que el porcentaje de la prima del seguro tradicional ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, este despacho no considera viable el traslado de dichos recursos en el caso consultado sin perjuicio de la vinculación que a este tipo de proceso se haga a las aseguradoras que han sido contratadas para dicho fin, para que puedan ejercer la defensa de sus intereses, por lo que para la entidad no es válido devolver los dineros por conceptos ni de prima de seguros(...) ni de gastos de administración, es claro que porvenir cumplió con el deber que se encuentra en cabeza de ella tras disposición normativa y jurisprudencial, y jamás existió una omisión de información como tampoco indebida asesoría, pues siendo para la actora una persona legalmente capaz, se entiende que puede sopesar los argumentos manifestados por los asesores de las administradoras para manifestar si le convenía o no trasladarse a dicho fondo, por lo anteriormente expuesto solicito al honorable tribunal se sirva de revocar la presente sentencia, dejando así sentado la sustentación del recurso de apelación”.

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

“Señora juez presento recurso de apelación contra el fallo emitido en el presente proceso a fin de que el honorable tribunal sala laboral lo revoque negando las pretensiones de la demanda, de conformidad con la ley y la jurisprudencia constitucional solo quienes tienen 15 o más años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994 pueden trasladarse en cualquier tiempo del régimen de ahorro individual, al régimen de prima media con el fin de hacer efectivo los beneficios del régimen de transición, para tal efecto deberán trasladar a este todos los abonos que hayan efectuado al régimen de ahorro individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso en que hubieren permanecido en el régimen de prima media, de esta manera la corte constitucional solo ha permitido el traslado en cualquier tiempo en los eventos que un afiliado que pertenecía al RPM, se

afiliara al RAI y desea volver al primero podrá hacerlo siempre y cuando conserve el régimen de transición y adicionalmente acredite 15 años de cotización desde el 1 de abril de 1994, es cierto que también las leyes que surgieron desde el año 1994 y 2016, no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de permanecer y pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, acceder a las pretensiones de la demanda conlleva a que Colpensiones deba asumir la carga pensional de un afiliado que por decisión propia se trasladó de régimen lo que generara en un corto plazo un detrimento en los recursos que esta entidad administra, insisto esto afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, en gracia de discusión la honorable sala laboral confirma el fallo apelado, debe ordenarse conforme señala en sentencia la corte suprema de justicia SL del 8 de septiembre, radicado 31189, SL 7595 del 2007, SL 4989 de 2018, el reintegro de la totalidad de concepciones como recursos en cuentas de ahorro individual cuotas abonadas al fondo de cesantías de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros provisionales, gastos administrativos y cualquier otro valor producto de los ahorros del demandante en el fondo privado, que en caso de existir hora patronal Colpensiones no es responsable de la misma ni debe darse la carga de conocer semanas que este reporte, ya que el mismo se causó cuando se encontraba en otro fondo de pensiones, por tanto no tiene la responsabilidad de efectuar el cobro de los mismos al empleador moroso, tampoco de conocer los beneficios al actor de régimen de transición y no condenar en costas a Colpensiones quien siempre ha actuado bajo el principio de buena fe, Gracias”

ALEGATOS DE CONCLUSION.

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

Manifestó que Porvenir S.A. cumplió con los deberes que se encuentran en cabeza de ella por disposición normativa y jurisprudencial, y jamás existió omisión de la información, como tampoco indebida asesoría, pues siendo la parte actora una persona legalmente capaz, se entiende que puede sopesar los argumentos manifestados por los asesores de la AFP

para determinar si le contenía o no tomar la decisión de trasladarse de fondo.

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

Manifestó en síntesis que no resulta procedente aceptar la solicitud de ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro individual con solidaridad; que se estableció la validación de los requisitos de cumplimiento de traslado de régimen, debiendo ser efectuada por la AFP a la que se encuentre afiliado el ciudadano, por lo tanto, la aprobación o rechazo del mencionado traslado lo determinará dicha entidad, no Colpensiones.

3.- Del apoderado de la parte demandante.

Manifestó en síntesis que deben confirmarse todas y cada una de las partes de la sentencia fechada 04 de noviembre de 2020, por cuanto es claro que su poderdante no alcanzaría una pensión de vejez acorde a lo devengado, toda vez que el capital acumulado en su cuenta de ahorros individual no alcanzaría sino una pensión mínima, situación que vulnera la confianza legítima y la buena fe del afiliado.

4.- Apoderada de la U.G.P.P (cfr. los folios 61 – 62)

Manifestó que comparten la decisión de primer grado en el sentido de absolver a la entidad en referencia, por cuanto la demandante no es beneficiaria de que las AFP del régimen de primer media acepten el traslado, pues la demandante le hace falta menos de 10 años para cumplir con los requisitos pensionales, y a trasladarse al régimen de ahorro individual en las AFP PORVENIR, siendo esta última la AFP a la cual realizó cotizaciones al sistema, es este régimen de ahorro individual donde debe realizarse estudio y reconocimiento de pensión de vejez.

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 RÉGIMENES 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 estar 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 nulificar 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 30 a 36 del expediente el demandante y de los hechos 1 y 2 de la demanda, cumplió 63 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 3 al 5 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 al pedimento del apoderado recurrente de PORVENIR S.A. en el sentido que el bono pensional no es posible entregarlo o trasladarlo, al igual que la suma adicional y los gastos de representación, es conveniente aclararle al apoderado que las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas

pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la nulidad del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales.

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

En el sub lite, la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración; el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas fueron pagadas, sólo la diferencia que se presentare entre las mesadas que ya le fueron pagadas, y las que resultaren del reconocimiento que hiciera la administradora de régimen de prima media al que retorna.

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

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

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 cuatro (04) de noviembre de 2020 en el proceso ordinario laboral promovido por ALVARO EVARISTO GENECCO RODRIGUEZ, 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