

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA**



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

**JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente**

SENTENCIA LABORAL

Lunes 03 de mayo de 2021

Aprobado mediante acta N° 050 de fecha 12 de mayo de 2021

RAD: 44-001-31-05-001-2019-00114-01. Proceso ordinario laboral promovido por BERTHA ELIANA ROMERO QUINTANA contra PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

1. OBJETO DE LA SALA

En aplicación del decreto 806 del 4 de junio de 2020, en su artículo 15, la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Riohacha, La Guajira, integrada por los Magistrados **PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO**, **CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ** (con impedimento) y el magistrado **JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH** quien la preside como ponente, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 1 de diciembre de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, dentro del proceso de la referencia y surtir el grado jurisdiccional de consulta

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

2. ANTECEDENTES.

2.1. DEMANDA Y CONTESTACIÓN

2.1.1 HECHOS

2.1.1.1 La señora BERTHA ELIANA ROMERO QUINTANA, nació el día 23 de diciembre de 1959.

2.1.1.2 La demandante ha cotizado desde 1978 y hasta la actualidad al sistema general de la seguridad social en pensiones, como empleada dependiente, en el Departamento de la Guajira.

2.1.1.3 La accionante antes de su afiliación al fondo privado PORVENIR S.A., se encontraba cotizando al régimen de prima media con prestación definida en COLPENSIONES.

2.1.1.4 A través de asesora de la AFP Protección, le manifestaron que al trasladarse del RPM al sistema de RAIS, obtendría mejores garantías, entre ellas pensionarse con mejor rentabilidad; accediendo al traslado bajo información errónea, lo cual, de nuevo ocurrió en enero de 1997 cuando fue trasladada al fondo de pensiones Porvenir S.A., por lo que su consentimiento estuvo viciado por la falta de información.

2.1.1.5 La señora BERTHA ELIANA ROMERO QUINTANA, ha intentado en varias oportunidades el traslado al RPM, dada la información errónea y de mala fe con la cual tomó la decisión de trasladarse.

2.2. PRETENSIONES.

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

2.3. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

2.3.1. La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a través de apoderado judicial contestó la demanda con proposición afirmativa respecto de la edad de la actora; fecha de nacimiento, manifiesta no constarle ninguno de los demás sustentos facticos de la demanda, debiendo se probados. Agrega que se opone a las pretensiones así mismo indicó que el traslado fue una decisión voluntaria de la actora que no estuvo viciada de consentimiento, oponiéndose a las pretensiones por considerar que carecen de fundamento fáctico y legal, como tampoco estar declarada la nulidad del traslado de la actora. Propone como medios exceptivos los denominados “COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, BUENA FE, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”.

2.3.2. La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó la demanda a través de apoderado judicial indicando no constarle nada o no ser cierto los hechos de la demanda; argumentando en síntesis, que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria por la accionante, afirma que la asesoría brindada para el proceder con el traslado fue suficiente, se opone a las pretensiones arguyendo no existir soportes facticos ni jurídicos para conceder el amparo, ni existir vicio del consentimiento al momento del traslado. Propone como medios exceptivos los denominados “PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, GENÉRICA”

2.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

2.4.1 PROBLEMA JURÍDICO ABORDADO.

“Si debe declararse la nulidad de la afiliación del demandante a PORVENIR S.A. por vicio de consentimiento y si en consecuencia debe ordenarse a COLPENSIONES que acepta a la actora con sus aportes”

2.4.2 El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, Guajira, con decisión del 1 de diciembre de 2020 concedió las pretensiones de la demanda tendiente a declarar la nulidad de traslado y negó las excepciones propuestas por los demandados. Resaltando respecto de la prescripción propuesta que, entre la reclamación administrativa presentada por la actora y la presentación de la demanda, no han transcurrido más de 3 años 151 CPTSS. Agrega que tratándose de derechos pensionales no opera la prescripción. Concede las pretensiones, argumentando, en síntesis, que la AFP PORVENIR. no acreditó haber transmitido a la actora la información acerca de las implicaciones del traslado de régimen pensional, es decir, no demostró probatoriamente haber suministrado al demandante la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado, lo que generó un vicio del consentimiento y con ello la nulidad de dicho traslado.

2.5. RECURSO DE APELACIÓN.

2.5.1. PORVENIR sostiene:

2.5.2. Considera que el traslado se hizo con el lleno de los requisitos formales, pues se firmó un formulario en el año 1997 de traslado, válido y con amparo de la Ley vigente para la época, con lo que se sana cualquier vicio del consentimiento.

2.5.3. No existe orden legal que permita el traslado de la accionante.

2.5.4. Que la demandante ha realizado varias campañas informando la posibilidad de retornar al régimen de prima media y la actora no hizo uso de lo anterior, demostrando su deseo de continuar en el régimen de ahorro individual.

2.5.5. Solicita se evalúe el interrogatorio de parte a la demandante, pues no conoce cuál de los 2 regímenes es el más favorable para ella.

2.5.6. De concederse el traslado no debe concederse los gastos de administración de acuerdo a concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia

2.5.7. COLPENSIONES por su parte argumenta:

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

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Notificados en debida forma tanto el recurrente, (auto del 11 de febrero de 2021, notificado por estado 017 del 12 de febrero de 2021) como no recurrente (auto del 2 de marzo de 2021 notificado por estado 29 del 03 de marzo de 2021); con el fin que presentaran los respectivos alegatos de conclusión.

2.6.1. De la parte demandada COLPENSIONES

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

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

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

2.6.2. De la parte demandante

2.6.2.1. Se reitera en los hechos y pretensiones de la demanda como sustento normativo y jurisprudencial, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia

2.6.3. De la parte demandada PORVENIR S.A.

2.6.4. PORVENIR sostiene:

2.6.4.1. La nulidad de la vinculación solo opera cuando no hubo libertad, ni información o se indujo al error y esto no aconteció con la demandante y en el presente caso no se probó la existencia de algún vicio del consentimiento.

2.6.4.2. No se dan los presupuestos legales del artículo 899 del Código de Comercio como la causa u objeto ilícito, persona incapaz, para decretar la nulidad del acto.

2.6.4.3. La demandante en forma autónoma y mediando consentimiento suscribió el formulario de afiliación con conocimiento real del acto jurídico que realizaba comportando una presunción de validez.

2.6.4.4. No se puede ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en literal b del artículo 113 de la Ley 100 de 1993.

3. CONSIDERACIONES

Preliminarmente debe expresarse, que verificado el expediente, se tiene que la primera instancia lo remitió con el fin de que se resolviera el recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas y se surtiera el grado jurisdiccional de consulta, ante lo cual, se colige que el interés jurídico para el presente caso, es la tutela del interés público, y esta desata al fallador de segunda instancia, otorgándole la potestad de revisar la sentencia en su integralidad, despojando de las reglas propias del solo recurso de apelación, en cuanto al principio de consonancia.

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

Examinado el proceso, se observa la debida integración de la Litis, pues se constituyó como parte la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, quien no ejerció su derecho de defensa.

2.2 COMPETENCIA.

Este tribunal tiene competencia tal como se asigna el Artículo 15 literal B numerales 1 y 3 del C.P.T.S.S.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO

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

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

3.3 PRECEDENTE VERTICAL

3.3.1 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

3.3.1.1 REGLAS APLICABLES PARA TRASLADO DE RÉGIMENES PENSIONALES.

3.3.1.1.1 UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA SOBRE TRASLADO DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL CASO DE BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN (Corte Constitucional, sentencia SU 130 de 2013, MP Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO)

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

...

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

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

“En el caso de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, 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.”

3.3.2 JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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

*Como punto de partida, es necesario poner de presente que las administradoras de pensiones, como las instituciones expertas encargadas del manejo de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, tienen un deber a su cargo, instituido por la ley, de brindar información clara y suficiente a sus afiliados, entre otros asuntos, en lo concerniente al cambio o traslado de un vinculado de un régimen pensional a otro. **“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”***

Es así como existe, en cabeza de dichas entidades, la obligación de informar de manera clara, idónea y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que implica para el afiliado vincularse o trasladarse de un régimen de pensiones a otro.

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

Debe resaltarse que el derecho de información a cargo de las administradoras existe desde la creación del sistema de seguridad social actual, en virtud de la Ley 100 de 1993. Lo anterior es resaltado por la Sala, en sentencia CSJ SL1688-2019, quien hace un recuento sobre la evolución normativa de dicho deber. En la providencia, se concluye que el deber de información es ineludible, por lo que debe ser observado con el mayor rigor por parte de los jueces de instancia.

3.3.2.2. Posición que se ha mantenido en la Corte de manera pacífica, sentencia SL4360-2019, radicación 68852 del 9 de octubre de 2019 MP Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sentencia SL4343-2019 radicación 70632 del 24 de septiembre de 2019 MP Dra. Ana María Muñoz Segura, sentencia SL1452-2019, Radicación No. 68852 del 3 de abril de 2019, MP Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sentencia SL771-2019, radicación No. 66406 del 19 de febrero de 2019 MP Dr. Santander Rafael Brito Cuadrado, sentencias SL037-2019, Radicación No. 53176 del 23 de enero de 2019 MP Dr. Ernesto Forero Vargas, **Sentencia SL373-2021 del 10 de febrero de 2021 MP Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo** que indicaron en síntesis que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado». En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

3.3.2.3. SOBRE LA MANIFESTACIÓN LIBRE Y VOLUNTARIA (Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, SL17595-2017, sentencia de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, MP Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA)

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

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

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

3.3.2.5. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO ENTRE RÉGIMEN PENSIONALES. (Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la citada sentencia del 8 de mayo de 2019, Rad. SL 1688)

“Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados. ».

Hay que mencionar que así como la declaración de ineficacia es imprescriptible, los derechos que nacen de ello también tienen igual connotación. En este sentido, la jurisprudencia del trabajo ha sostenido que el derecho a la pensión o a obtener su valor real, puede ser justiciado en todo tiempo. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional (CSJ SL8544-2016).

Para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo”. (negritas y subrayas de la Sala).

3.4 PRECEDENTE HORIZONTAL

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

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

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

Posición que esta Sala ha mantenido incólume, para tal fin se relacionan las sentencias bajo radicación 2017-00091-01 del 13 de agosto de 2019, rad. 2017-00102-01, 2017-00162-01 del 20 de noviembre de 2019, Rad. 2019-00162-01, 2017-00163-01 del 6 de febrero de 2020, 2017-002019-01 del 17 de febrero de 2021, 2019-00252-01 del 19 de abril de 2021, 2017-00214-01 del 19 de abril de 2021 MP Dr. JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH.

4 DEL CASO EN CONCRETO

Es claro para la sala que lo solicitado por la demandante, en el presente caso es la anulación de su afiliación en el **RAIS** para en últimas regresar al **RPM**, considera la Sala oportuno estudiar inicialmente cuales son los eventos bajo los cuales puede darse el cambio de régimen pensional, bajo los parámetros constitucionales, jurisprudenciales y legales, siendo estas:

1. En cualquier tiempo, cada 5 años y siempre y cuando no le falte 10 o menos años para alcanzar la edad de pensión (artículo 13 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es de subsunción normativa), en este evento, solo es necesario verificar la edad del afiliado y que no haya surtido traslado dentro de los 5 años anteriores a la solicitud del cambio; *Para el caso sub examine*, no opera este precepto normativo, pues de las documentales a folio 5 se evidencia que la demandante nació el 23 de diciembre de 1959 contando con 62 años de edad en la actualidad para que surtiera el traslado, es decir, superando los requisitos de edad mínima exigidos por la Ley.

2. En cualquier tiempo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición **por tiempo de servicios** (15 años o más de cotizaciones al 1 de abril de 1994), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición (SU-130 DE 2013 Corte Constitucional), criterio de raigambre jurisprudencial, tema agotado por la Corte Constitucional desde el año 2002, en el cual quien estuviere cobijado por el 3 evento del artículo 36 de la ley 100, consolida una expectativa razonable del derecho, así el vaivén dentro del sistema no afecta tal condición. Este evento tampoco es satisfecho por el demandante puesto que revisado el plenario del material probatorio no puede evidenciarse que contara con 750 semanas al 1 de abril de 1994, que exige la regla jurisprudencial.

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

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

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

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

Lo anterior permite concluir parcialmente:

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

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

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

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

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

No son de recibo los dichos de la apelante Colpensiones en torno a la insinuación que el afiliado tuvo la oportunidad para trasladarse dentro del término de amnistía, ni cuando aún le faltaban más de 10 años, ni cualquier otro en esta vía; pues aunque cierto, debe tenerse en cuenta que tal como lo señala el demandante, la misma causa para afiliarse al RAIS le impidió ver hasta cuando ya era tarde que no le convenía; de suerte para el afiliado que los derechos conculcados son de raigambre constitucional, de naturaleza pública, por ende irrenunciables e imprescriptibles, de tal suerte que estos reparos se subsumen en las razones esgrimidas por el juzgador para resolver la prescripción alegada.

Pese a lo anterior, es claro que se discute la nulidad de una afiliación y también, es claro, que ninguna de las partes pasivas que componen el presente litigio ha demostrado con suficiencia que la información proporcionada para la afiliación, fue veraz y suficiente, con el deber del buen consejo, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes y por tal motivo, debía declararse la nulidad de las afiliaciones como en efecto lo realizó la Juez de Primera instancia, teniendo como premisa que las afiliaciones fueron válidas y materialmente dicha decisión no afectaría al apelante sino fuera específicamente por la orden de devolución de todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación.

Concluido lo anterior, es importante señalar en esta oportunidad que la selección de régimen pensional es un acto emanado de la afiliación, de allí que las circunstancias que rodearon el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del actor, es decir, si existió un consentimiento informado, precedido del deber de información o del buen consejo por parte de la administradora de pensiones, corresponde a la forma en que se declara un hecho, por lo que esa situación fáctica no está sujeta a la prescripción, lo que igualmente se predica de la condición de afiliado y los actos que emanan de tal condición, por ser un estado jurídico, al igual que el de pensionado, por ello la condición de afiliado, y por ende, el traslado de régimen pensional son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional, esto es al derecho a reclamar la pensión de vejez.

Consecuente con lo anterior, al tener la afiliación y sus actos subsiguientes, una estrecha relación con el derecho pensional, por ser inherentes al mismo, resulta viable formular las reclamaciones pertinentes en cualquier tiempo al ser imprescriptibles.

En todo caso la autorización al traslado entre regímenes **no implica el reconocimiento de cualquier otro derecho más allá de este**, es decir que no implica beneficios de transición, ni ningún otro, aparte del traslado. Los demás de ser el caso deberán ser estudiados por la administradora al momento del eventual reconocimiento de algún derecho dentro del marco de la seguridad social.

4.2. De la Consulta.

Finalmente es necesario surtir el grado jurisdiccional de consulta sobre la sentencia proferida por el A-quo, ante lo cual, se hace necesario adicionar la decisión de primera instancia para condenar a PORVENIR S.A., a reintegrar con destino a COLPENSIONES los gastos de administración.

En efecto, la conducta de abstención que asumió la Administradora del Fondo de Pensiones necesariamente conlleva el regreso del capital que contenga los frutos, intereses, incluidos los rendimientos que se hubiesen generado como lo dispone el artículo 1746 del C.C., aunado a los gastos de administración con cargo a sus recursos, por cuanto de no hacerse se generaría un detrimento patrimonial que afectaría la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Sobre este tema se trae a colación la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL1688 del 8 de mayo de 2019, Magistrada Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo y la sentencia SL 1421 de 2019 M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, última de las citadas en la que en su parte pertinente señaló:

“Se encuentra acreditada la ineficacia del traslado de régimen pensional del afiliado lo cual trae como consecuencias retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, la recuperación del régimen de transición y que el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad deba devolver al sistema los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración.”

Finalmente debe referirse que los recursos de alzada atacaban la inexistencia de vicio del consentimiento al momento de realizarse el traslado entre los regímenes de RPM y RAIS, lo cual obligó a realizar examen completo de la declaración principal; en ese orden de ideas la consulta queda subsumida en la atención de los recursos de apelación.

Costas a cargo de la parte que le resulta desfavorable el recurso (art. 365-1 C. G. del P.).

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida el 1 de diciembre de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **BERTHA ELIANA ROMERO QUINTANA** contra **PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, por lo considerado en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** a la sentencia consultada y apelada, para condenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, trasladar con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, y con cargo de sus propios recursos los gastos de administración, lo anterior, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a los recurrentes. Como agencias en derecho se fija el equivalente a 1 salario mínimo legal mensual a cada uno, el cual tendrá en cuenta la *iudex a quo* al momento de elaborar la liquidación concentrada de las costas.

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

SIN NECESIDAD DE FIRMAS

(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada

CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado
(con impedimento)



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL RIOHACHA
SALA CIVIL – FAMILIA- LABORAL
RIOHACHA – LA GUAJIRA**

Riohacha, veintiséis (26) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ.

Radicación: 44001310500120190011401 Ordinario Laboral. BERTHA ELIANA ROMERO QUINTANA contra PORVENIR SA y COLPENSIONES.

Para su conocimiento y fines pertinentes, procede el suscrito Magistrado de la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de La Guajira, a declararse impedido dentro del asunto de la referencia con fundamento en el numeral 6 del artículo 141 del Código General del Proceso, que dispone: *“Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, y cualquiera de las partes, su representante o apoderado”*.

Lo anterior teniendo en cuenta que el suscrito presentó demanda ordinaria laboral a través de apoderado judicial en contra de PORVENIR S.A., demandada en esta causa, radicado bajo el número 2018-357, admitida a través de auto fechado tres (3) de octubre de 2018 emitido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bucaramanga ordenando integrar a COLPENSIONES como Litis consorcio necesario, es decir, existe pleito pendiente entre este servidor y la precitada compañía, y en razón a ello me corresponde declararme impedido para seguir conociendo y decidir acerca del asunto planteado.

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7 Ley 527 de 1999, arts, 2 inc. 2, Decreto
Presidencial 806 de 2020 art. 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)
CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ

Magistrado Ponente