



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

Magistrado Ponente: Dr. HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES

CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DECIDE	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
RADICADO	44001-31-05-001-2020-00078-01
DEMANDANTE	IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
VINCULADO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP

Riohacha, catorce (14) abril de dos mil veintitrés (2023)

(Proyecto discutido y aprobado en Sala de la fecha, según Acta N° 025)

1. ASUNTO POR RESOLVER.

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el Decreto 806 de 2020 artículo 15 numeral 1º, con fundamento en el art. 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el art. 624 del C.G.P., en la que se decide el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación formulados por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contra la sentencia dictada en audiencia pública por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, el 24 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario que adelanta el señor **IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO**.

2. ANTECEDENTES.

2.1. La demanda.

IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO mediante apoderado judicial, instauró proceso ordinario Laboral de Primera Instancia, pretendiendo se declare la nulidad de la afiliación por vicio en el consentimiento, por información insuficiente, diáfana y errónea; que se declare nulo el traslado que se hizo del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual administrado por

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00078-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

PORVENIR. Pide además que se declare la ineficacia del traslado y se ordene a PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido, junto con todos los frutos e intereses y ordenar a COLPENSIONES que lo reciba.

Como soporte de sus pretensiones refirió que, nació el 04 de octubre de 1955, por lo que cuenta con 64 años al momento de presentar la demanda; que laboró en los laboratorios PROCAPS LTDA. desde noviembre de 1982 al año 1987, luego en GRASAS Y ACEITES VEGETALES LTDA. – GRACENTALES LTDA. desde 1988 al año 2019, habiéndose trasladado a HORIZONTES PENSIONES Y CESANTIAS hoy PORVENIR S.A. en el año 2001.

Que inició sus cotizaciones en el SEGURO SOCIAL hoy COLPENSIONES logrando cotizar 980 semanas al sistema del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, habiendo laborado por más de 30 años, por lo que las cotizaciones sobrepasan el mínimo requerido por la ley para pensionarse.

Que cumple con la edad para la pensión, por lo que se acercó ante PORVENIR en donde se le realizó la proyección pensional y fue desfavorable, pese haber cotizado sobre salarios altos.

Que los asesores también le manifestaron al actor la necesidad de cambiarse de régimen dado que el ISS iba a desaparecer, así como sus cotizaciones.

Que el demandante no fue informado de la pérdida de los beneficios ya adquiridos en el régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES, ni tampoco se le dió una información que explicara las consecuencias que acarrearía el cambio de régimen, por lo que el consentimiento estuvo viciado.

Que en estos momentos se encuentra desprotegido de los derechos que ya había adquirido, pues no obtendrá por parte de PORVENIR una pensión justa conforme a lo cotizado, por el mal obrar de esa entidad, al no brindar la información suficiente y clara al momento de la afiliación.

Que el actor no labora y aun no logra obtener una pensión justa de acuerdo a los más de 30 años cotizados.

Que agotó la vía gubernativa, ante las entidades, pero le negaron la solicitud de traslado.

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00078-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

2.2. TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

2.2.1. La demanda fue admitida el 26 de octubre de 2020 y se dispuso la notificación a las accionadas.

2.2.2. LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a través de apoderada contestó la demanda, se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló como excepciones de mérito las que denominó a) LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, b) COBRO DE LO DEBIDO, c) FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, d) BUENA FE y e) IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.

2.2.3. La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones alegando que la vinculación fue realizada de manera informada, libre de presión o engaños y ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, el fundamento del RAIS y sus condiciones pensionales. Formuló como excepciones de mérito las que tituló: i) PRESCRIPCIÓN, ii) BUENA FE, iii) INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, iv) COMPENSACIÓN y v) la EXCEPCIÓN GENÉRICA.

2.2.4. La audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación de litigio, se llevó a cabo el 29 de julio de 2021.

2.3. SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

La Juez de conocimiento profirió sentencia, el veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintidós (2022), en la que declaró la ineficacia del traslado que el señor IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO hizo del ISS a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. En consecuencia, ordenó a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. que en el término improrrogable de tres (03) meses, realice el traslado a COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, junto con todos los rendimientos que se hubieren causado. Por último, ordenó a COLPENSIONES realizar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, y a recibir los aportes que sean trasladados por PORVENIR no solo el ahorro, sino también los rendimientos.

Sustentó su decisión indicando que la demandante no tuvo claridad respecto del acto jurídico que llevó a cabo, y ello vició su consentimiento, ya que la administradora pensional al *“no suministrar información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria debe entregarse al público, a los usuarios, y a los clientes de las*

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00078-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

entidades vigiladas para que éstos puedan tomar decisiones debidamente informados y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o que puedan llegar a vincular con aquellas. Por ende, surge como una de sus obligaciones, la de suministrar a los usuarios de sus servicios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizan, de suerte que les permitan a través de los elementos claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado, mandatos éstos que posteriormente fueron desarrollados con mayor precisión a través de la Ley 795 de 2003 quedando claro que el deber de información a los usuarios de las administradoras tiene por objeto la toma de decisiones informadas, es decir, estar precedidas de una labor de asesoría y educación adecuada en beneficio de los intereses de aquel y no del fondo”.

Por ende a juicio de la juzgadora, la sola suscripción del formato de afiliación por parte del usuario, por más de que este contenga una cláusula en el que se afirme que la decisión adoptada fue libre y voluntaria, no puede entenderse de tal manera si de manera previa mediante el “acto de vinculación que es el que se materializa con la firma del formulario, no se acredita que se asesoró debidamente al potencial cliente sobre los beneficios y consecuencias de su decisión, pues de lo contrario no podría predicarse que el acto de selección del régimen fue debidamente informado y por ello libre y voluntario”.

Que la carga de la prueba en este caso, radicaba en la administradora pensional, ya que son ellas las encargadas de documentar las decisiones individuales de sus afiliados y las novedades. Finalmente denegó las excepciones formuladas.

2.4. DE LA APELACIÓN.

2.4.1. La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación en contra de cada uno de los numerales de la decisión, fundamentando que el traslado de los gastos a COLPENSIONES configura un enriquecimiento ilícito a su favor, pues en forma rara y sin lugar a interpretaciones diferentes al artículo 113 literal B de la Ley 100 de 1993 menciona cuales son los dineros que se deben trasladar; que igualmente solicita que no se condene en costas, dado que la entidad prestó toda la información suficiente al demandante y siempre estuvo dispuesta a atender los requerimientos del demandante y siempre le informó a través de sus asesores, las ventajas de estar en el régimen de ahorro individual.

2.4.2. LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, interpuso el recurso de apelación alegando que se tenga en cuenta que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 modificó el literal E del art. 13 de la Ley 100 de 1993 que señala que después de un año de vigencia en la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse del régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión; que en este caso el demandante

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00078-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

tiene ese impedimento legal que le impide realizar el traslado a COLPENSIONES y recibirlo como nuevo afiliado, por lo que pide que absuelva a la entidad.

2.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., recorrió el traslado en esta instancia insistiendo 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 acudir 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 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 viciado 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 el actor fue de forma libre y voluntaria.

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00078-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

Aduce que la parte demandada alegó y adjuntó las pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora demandante al momento de la vinculación, por lo cual no es admisible asegurar que no cumplió con la carga de la prueba, pues se acreditó que el actor estaba vinculado con la entidad producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, sino con la conducta del afiliado en el régimen de ahorro individual y permite el descuento con destino al fondo privado, razón por la que 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.

Alega también que es improcedente la devolución de las sumas indicadas en la sentencia, por cuanto configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y la demandada, dado que se causaron los gastos de administración y las primas de seguros, las que no pertenecen a los afiliados, porque no financian la prestación de vejez.

Por último, expone que se tenga en cuenta el salvamento de voto del DR. JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN en la sentencia de tutela 5912 del 13 de mayo del año 2022, en la que asegura que no procede declarar en forma automática la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado, pues siempre es necesario que se analice en cada caso la situación particular del afiliado.

Por su parte COLPENSIONES no alegó de conclusión, y el demandante, solicitó la confirmación del fallo de instancia.

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 parte demandada y se surtiera el grado jurisdiccional de consulta, 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: 44001-31-05-001-2020-00078-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
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 el 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 los apoderados judiciales de las demandadas COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., 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 demandante señor **IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO** 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 afiliado el demandante, al **RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA**, administrado por la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES?**

3.3. FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

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

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00078-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

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.

La misma sentencia aclaró que en el caso de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, tuvieran 35 años o más si son mujeres, o 40 si son hombres, estas 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,

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 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.”

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

“Aquí y ahora, se recuerda que no es dable argüir que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00078-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

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.”

3.4. DEL CASO CONCRETO

Es claro para la Sala que lo solicitado por el demandante, en el presente caso es la declaratoria de ineficacia de su 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; para el caso *sub examine*, no opera este precepto normativo, pues el señor IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO, tenía 64 años al momento de requerir a los fondos para que surtiera el traslado, excedía en 2 años el requisito de la edad mínima, para solicitar el derecho a la pensión de vejez.

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). Este evento tampoco es satisfecho por el demandante puesto que revisado el plenario, 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 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.

En cuanto a la carga probatoria, esta radica en cabeza de la AFP, ya que en ella, reposa la salvaguarda de la información, es la depositaria administradora del

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00078-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

sistema de seguridad social, y por ende se le facilita la demostración del cumplimiento de tales deberes, contrario sensu, le es más difícil al afiliado encontrar los medios para su demostración, por lo cual el máximo órgano de cierre ha permitido en estos eventos la redistribución de la carga de la prueba, atribuyéndole tal a quien tenía a su carga el deber de información.

En el presente asunto se tiene que IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO nació el 04 de octubre de 1955, y que cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde 1982 hasta el año 2001, de ese último mes se afilió al RAIS en el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A.

Alegó el demandante que PORVENIR S.A., no documentó en forma clara y suficientemente los efectos que acarrearía el cambio de régimen, pues no se delimitó los alcances positivos y negativos con el cambio de régimen; que se le presionó aduciendo que de manera urgente debía trasladarse al fondo, dado que el ISS prontamente se iba a liquidar y perdería el derecho a la pensión, sin distinguir o asesorar sobre el monto de la pensión que resultaría en cada uno de los regímenes existentes, la diferencia en la aplicación de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y las conveniencias o no de la eventual decisión.

En consecuencia le correspondía en este caso, al Fondo demostrar lo contrario y ello no ocurrió, pues acompañó a este proceso únicamente la prueba documental relacionada con la afiliación del actor a ese fondo privado, pero no se evidencia que hubiese suministrado la información completa y comprensible, orientándolo sobre las consecuencias de la elección del régimen pensional, con la ilustración suficiente de la diferentes alternativas, con sus beneficios y desventajas; es decir, la información suministrada por el Fondo no se acompasó a los términos exigidos por la jurisprudencia de la Corte.

Valga precisar que la manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir el suministro de la información adecuada y veraz, como quiera que dichas expresiones al tenor de la Corte son genéricas y no satisfacen el referido deber.

Por ende, al no advertirse cumplido el antecedente requisito legal, se concluye que resulta ineficaz el traslado que realizara el demandado, tal como lo determinara la funcionaria de primer grado.

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00078-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

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.

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.”

Se aclara al fondo recurrente que en este caso operó la ineficacia del acto jurídico y no la nulidad por vicios del consentimiento que prevén los artículos 1741, 1508, 1749, 1742, 1743 y 106 del Código Civil, dado existen normas especiales del C.T.S. y del CPTSS que gobiernan el presente debate jurídico, en los términos indicados por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, los argumentos invocados por PORVENIR no son válidos, dado que lo que se declara es la ineficacia del artículo 43 del CST y el efecto que se produce es la inexistencia y no la nulidad.

En el presente caso 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 son de recibo los dichos de la apelante en torno a la insinuación que el afiliado tuvo la oportunidad para trasladarse cuando aún le faltaban más de 10 años para cumplir la edad de pensión, ni cualquier otro en esta vía; pues aunque cierto, debe tenerse en cuenta que tal como lo señala la parte demandante, la misma causa para

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00078-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

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.

Tampoco 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 1993¹, 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 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 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 reaseguro, primas de reaseguro invalidez y muerte, deben asumirse como gastos de administración junto con las comisiones, por lo cual ni estas, 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., sin que ello puede considerarse que se configura un enriquecimiento sin causa, dado que el efecto jurídico real de las devoluciones no ingresa al patrimonio del demandante, sino de COLPENSIONES.

Finalmente, referente a la providencia del DR. QUIROZ ALEMÁN, en realidad fue un salvamento de voto, que no mayoritario de la Sala que integra.

¹ 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: 44001-31-05-001-2020-00078-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

Ahora bien, en lo que respecta a la inconformidad por la condena en costas por las demandadas, debe indicarse que las mismas se componen de conformidad con el artículo 361 del C.G.P. por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el proceso y por las agencias en derecho, las cuales deberán ser liquidadas conforme el artículo 366 ibídem, y una vez aprobada la liquidación de costas, nace a la vida jurídica la posibilidad de controvertirlas, interponiendo los recursos de Ley, no antes, motivo por el cual, no será atendido dicho reparo.

Es claro que según lo advierte 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 modificar la sentencia apelada. Si bien las demandadas han podido allanarse a la demanda, lo cierto es que fincaron su oposición a las pretensiones, de donde resulta válido la condena impuesta.

Costas a cargo de la parte que le resulta desfavorable el recurso (art. 365-1 C. G. del P.). En consecuencia, fíjese como agencias en derecho el equivalente a 1 salario mínimo legal mensual, (1/2 SMLMV a cargo de cada uno de los apelantes) el cual tendrá en cuenta el a quo al momento de elaborar la liquidación de las costas, como lo señala el artículo 366 del CG de P un salario mínimo legal, a favor de la parte demandante y en contra de las recurrentes PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES.

3.5.- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

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

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, en el proceso ordinario laboral adelantado por **IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE**

Rdo: 44001-31-05-001-2020-00078-01
Proc: ORDINARIO LABORAL
Acte: IRVING EMIL ARISMENDI CABALLERO
Acdo: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Decid: Sentencia Segunda Instancia

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 los demandados recurrentes **PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES** y a favor de la parte demandante, ante el resultado del recurso interpuesto. Como agencias en derecho se fija el equivalente a 1 salario mínimo legal mensual, (1/2 SMLMV a cargo de cada uno de los apelantes) el cual tendrá en cuenta el a quo al momento de elaborar la liquidación de las costas, como 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

CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado

Firmado Por:

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

Carlos Villamizar Suárez
Magistrado

**Sala 002 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: **dcc8f9c288a1ccce17971179ea2b474b5bb9d2da825b35c78f01f0d873635164**

Documento generado en 14/04/2023 03:02:18 PM

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