

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

E D I C T O

LA SECRETARÍA DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA,

H A C E S A B E R:

Que el dos (2) de mayo dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-002-2021-00447-01 P.T. No. 20.146

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE NELSON PERALTA GÓMEZ.

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS.

FECHA PROVIDENCIA: DOS (2) DE MAYO DE 2023.

DECISION: “**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada proferida el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 01 de noviembre de 2022, por las consideraciones expuestas. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, esto es a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y PORVENIR a favor del demandante NELSON PERALTA GÓMEZ. **TERCERO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy ocho (8) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy diez (10) de mayo de 2023, a las 6:00 p.m.

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Segundo Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54 001 31 05 002 2021 00447 01

Partida Tribunal: 20.146

Demandante: NELSON PERALTA GÓMEZ

Demandada (o): COLPENSIONES- PORVENIR- PROTECCIÓN.

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, dos (2) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de alzada presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A, y surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día **01 de noviembre de 2022**, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54 001 31 05 002 2021 00147 01 y partida de este Tribunal Superior No. 20.146 promovido por el señor NELSON PERALTA GÓMEZ a través de apoderado judicial contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A., EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, S.A. y, PORVENIR, S.A.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretende que, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación que realizó el día 01 de julio de 1997, del REGIMEN DE PRIMA MEDIA administrado hoy por COLPENSIONES a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS HORIZONTE hoy PORVENIR, por la indebida y nula información que suministro el fondo privado a mi poderdante, para convencerlo que se trasladara de régimen, consecuentemente con ello, la nulidad del traslado de PORVENIR a PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, que se ORDENE a las demandadas PORVENIR y PROTECCION, trasladar a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la Cuenta de Ahorro Individual y

que la administradora reciba los dineros sin solución de continuidad, corrija y actualice la historia laboral, al uso de las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera: que nació el 02 de julio de 1965, que se afilío al Régimen de Prima media con Prestación definida el día 01 de abril de 1990. Que cotizo un total de 253 semanas por medio de diversos empleadores, tal y como se puede observar en la historia laboral de PROTECCION. Que se trasladó el día 01 de julio de 1997, del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR. Posteriormente el día 01 de julio de 2001 realizó un traslado Inter fondos dentro del RAIS de PORVENIR a ING hoy PROTECCION, traslados que no estuvieron precedidos de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, esto es, que no existió consentimiento de libertad y voluntariedad. Asegura que ha cotizado más de 1441 semanas. Que elevó petición al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A y a PROTECCIÓN S.A. los días 02 y 03 de septiembre de 2021, solicitando información de la afiliación y traslado de régimen. Que el 03 de septiembre de 2021, solicito a COLPENSIONES el traslado de régimen.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

LA AFP PORVENIR S.A., a través de su apoderado judicial manifestó que no le constan los hechos, se opone a la totalidad de pretensiones principales incoadas por la demandante, alegando que, el traslado de régimen RPM al RAIS, se realizó conforme a derecho y no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y de acceder a las suplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial. Que debe tomarse en cuenta que la parte activa realizó traslado entre fondos, lo que presupone cierto conocimiento respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios y desventajas y su modo de operar, de ahí su intención sea continuar en él, aun teniendo la posibilidad eventual de retornar a COLPENSIONES.

Propuso las excepciones de mérito: falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, innominada.

PROTECCIÓN S.A., se opuso a todas las pretensiones incoadas en su contra, manifestando que no se comprueba el vicio del consentimiento que vicia el contrato suscrito entre las partes, que las peticiones están dirigidas a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, la declaración de manera

libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP. La buena fe, la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa. La inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. La prescripción y la genérica.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, EICE.

actuando por medio de apoderado judicial contestó la demanda, manifestando no constarle los hechos y oponiéndose a todas las pretensiones, alegando que, el accionante NELSON PERALTA GOMEZ, no puede desconocer su traslado de forma voluntaria y sin presión al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS) Administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., efectuado el día 01 de julio de 1997. Esto es, teniendo en cuenta que, en principio, la escogencia y afiliación a un determinado régimen de pensiones, debe ser un acto libre, consciente y voluntario del trabajador. Por lo tanto, en lo referente a la nulidad se tiene que, para que pueda predicarse existencia y validez de la afiliación, ésta debe reunir los requisitos dispuestos en el artículo 1502 del Código Civil, esto es, que la declaración de voluntad debe provenir de una persona legalmente capaz, que preste su consentimiento sin error, fuerza o dolo que lo vicie, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga además una causa lícita.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó, la buena fe, la inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir. El cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, la legalidad de los actos administrativos, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; la inoponibilidad por ser tercero de buena fe, la prescripción, la responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social. sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación. La imposibilidad de condena en costas, la imposibilidad de volver al estado mismo de las cosas por haber un hecho consumado y la innominada o genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 31 de octubre de 2022, resolvió

“Primero: Declarar la ineficacia en sentido estricto de la afiliación del Sr. NELSON PERALTA GOMEZ a la administradora de fondo de pensiones HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A, suscrita el 17 de mayo de 1997. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad no surte efectos.

Segundo: Ordenar a la administradora del fondo de pensiones PORVENIR S.A. y a la administradora del fondo de pensiones PROTECCION S.A. devolver al régimen

de prima media con prestación definida todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el Art. 1746 del Código Civil, con los rendimientos que se hubieren causado en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Tercero: Se condena a asumir de su patrimonio los deterioros sufridos por el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, los gastos de administración y demás conceptos en que hubiere incurrido de conformidad con el Art. 1746 y 963 del Código Civil.

Cuarto: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante del régimen de ahorro individual, al régimen de prima media con prestación definida.

Quinto: Condenar en costas a las entidades demandadas fijando como agencias en derechos en favor de la parte demandante, la suma de 1 SMLMV a cargo de cada una.

Sexto: Remitir el presente expediente a la oficina judicial para que se surta el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el Art. 69 del C.P.L y de la S.S.”.

El Juez A quo dio por probado y aceptado por las partes que, el actor se afilió inicialmente al RPMPD en el ISS desde abril de 1990 cotizando hasta mayo de 1997 cuando se trasladó al RAIS al fondo pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR SA, y en julio de 2001 se trasladó al ING hoy PROTECCIÓN S.A.

Analizó las características de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la validez de los regímenes pensionales; que en sentencias SL1688-1689/2019 la CSJ señaló que la sanción impuesta por la falta de asesoría y deber de información de los fondos administradores es la de declarar la nulidad del traslado.

Sostuvo que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información al demandante al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado PORVENIR S.A. antes HORIZONTE.

Que a folio 54 del archivo PDF 09 del expediente digitalizado, suscrito por el demandante a través de HORIZONTE hoy PORVENIR de fecha de mayo de 1997, se dejó plasmado que el traslado se dio en forma voluntaria, sin embargo, esas calidades no se encuentran demostradas con el acervo probatorio, toda vez que la información que se le debe suministrar al afiliado no debe ser una información genérica como la que se observa en el formulario y en virtud de la carga de PORVENIR SA, ningún elemento probatorio aportó la información suministrada.

Que el interrogatorio del actor no logró su cometido, ya que este ratificó lo incoado en la demanda, esto es, la falta de deber de información en el momento del traslado, por lo que, se hace prospera la pretensión para declarar la ineficacia del traslado de RPMPD al RAIS.

Que la prescripción no prospera conforme lo ha dicho la CSJ, esto es, por ser imprescriptible reclamándose en cualquier tiempo.

Que las consecuencias de la ineficacia, es el retorno a RPMPD y la devolución de todos los ahorros, rendimientos, gastos de administración y demás a cargo de los fondos del RAIS de su propio patrimonio por la ausencia al deber de información.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, inconforme con la decisión proferida por el Juez A quo, interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que no es posible aceptar el traslado al RPMPD ya que el actor no cumple con lo previsto en el art. 2º de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta que el afiliado tiene actualmente 59 años de edad. Que el ISS no tuvo injerencia en el traslado de régimen que se discute y el demandante se trasladó libre y voluntaria de régimen.

Trajo a colación la sentencia proferida por la Corte Constitucional C-1024/2004.

Que la demandante ha estado por más de 20 años afiliado al RAIS, realizando traslados inter fondos y tuvo oportunidad de elegir qué fondo le convenía para pensionarse. Que el traslado es inoponible a COLPENSIONES fundamentado en los principios de sostenibilidad financiera y seguridad jurídica. Solicitó se tomará en cuenta la excepción de prescripción y se opuso a la condena en costas procesales.

PORVENIR, S.A. a través de apoderado judicial interpuso recurso de apelación en contra de la totalidad de la sentencia, argumentando que, frente a la ineficacia ratificó los argumentos de la contestación como los de los alegatos de conclusión.

Que frente a las condenas impuestas contra PORVENIR S.A., solicitó sea analizado el inciso final del art. 964 del Código Civil, se le debe reconocer al fondo se le reconozca los gastos de administración porque es la retribución por los servicios prestados, que son situaciones jurídicas y hechos consolidados. En relación con las primas de servicios las aseguradoras ya prestaron sus servicios. El reconocimiento de los gastos de administración y demás, es injusto la restitución de los mimos, porque el fondo ya prestó el servicio. No obstante, dicho rendimiento es un beneficio del afiliado, los gastos de administración constituyen un reconocimiento al fondo que realizó su buena actividad durante la afiliación. Por último, solicita sea aplicado el art. 1746 del Código Civil y negar la devolución de los gastos de administración, primas y demás gastos.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, que se resumen de la siguiente manera:

LA PARTE DEMANDANTE solicitó confirmar en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia.

PORVENIR S.A. ratificó en su totalidad los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y el recurso de apelación, solicitando revocar la sentencia en el sentido de la devolución de los gastos de administración, prima y demás en que haya incurrido el Fondo por el desarrollo de su actividad.

COLPENSIONES ratificó los argumentos del recurso de apelación.

Una vez cumplido el término para presentar alegatos, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VI. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA. La Sala asume la competencia para decidir los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001; igualmente, por haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, una carga presupuestaria a COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por el demandante NELSON PERALTA GÓMEZ el día 01 de julio de 1997 desde el ISS hoy COLPENSIONES RPMPD a LA AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A. –régimen de ahorro individual son solidaridad.
2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, determinar cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, para PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones.

Se eexaminará si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y si es procedente en esta instancia, analizar de fondo la condena en costas procesales.

Análisis probatorio

A fin de resolver lo anterior, la Sala acatando lo normado en los artículos 60 y 61 del C.P. del T. y de la S.S., tendrá como pruebas los documentos debidamente allegados al plenario tanto por la demandante como por las entidades demandadas, advirtiendo que no se propuso tacha alguna por falsedad respecto de los documentos allegados al plenario. Igualmente se tendrá en cuenta el interrogatorio de parte presentado por la demandante.

Solución del primer problema jurídico.

Dado que lo pretendido por el demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que su transferencia del ISS a HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A. se dio sin la información suficiente sobre las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento del actor para realizar el cambio advertido.

Así las cosas, se hace importante señalar que, de conformidad con lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL3871-2021, SL 3611-2021, SL3537-2021 entre otras, *“...la transgresión al deber de información en tratándose del cambio de sistema pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades regulado por el Código Civil, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación”*.

Aclarado lo anterior, esta Sala precisa que los afiliados al sistema de seguridad social están facultados para escoger libremente a qué régimen se afilian, tal como lo preceptúa el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, en el que va inmerso como principio fundamental el consentimiento libre e informado y, en el evento de que se vislumbre un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, será posible declarar la nulidad de tal escogencia.

Las administradoras de fondos de pensiones están obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y adecuada la provisión del servicio público de pensiones, con fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1.993; así mismo, se advierte, que el deber de información que le impone la ley a las administradoras de pensiones, se entiende como **obligación de carácter profesional** que se materializa a través de expertos en la materia a quienes le corresponde suministrar toda la información necesaria y relevante según sea el escenario en que se encuentra el afiliado o potencial vinculado, lo que implica un asesoramiento desde la antesala de la afiliación y que se extiende a todas las

etapas de este proceso hasta que se garantice el disfrute de la pensión.

Por otra parte, el Decreto 656 de 1.994 *“por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones”* impuso en sus artículos 14 y 15 las obligaciones que debe cumplir con decoro y apego a las responsabilidades propias, esto es con diligencia, prudencia y pericia, como también toda que se le integre por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del Código Civil, regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual en ejecución de la buena fe; por lo que es claro que el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015.

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 2.015 y la circular Externa 016 de 2.016 de la Superintendencia Financiera, persiguen superar las inconsistencias que ha generado el traslado masivo entre regímenes sin ningún tipo de información haciendo obligatorio que el afiliado reciba información veraz de manera simultánea por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad y al régimen de prima media, garantizando así que en efecto el afiliado conforme a su situación particular tenga una libertad contractual transparente, y pueda adoptar la decisión que mejor le convenga, a tiempo y con la mayor garantía de beneficios con base en la densidad de cotizaciones o capital por él acumulado.

Por lo antes mencionado, los fondos de pensiones son entidades con responsabilidades profesionales, aspecto plenamente respaldado en los artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994 y 1603 de C.C., por su responsabilidad en un tema tan técnico y profesional tienen el deber y la obligación de entregar una información clara y comprensible a las personas interesadas en adquirir sus servicios y afiliarse a las mismas.

Aunado a lo anterior, en reiterados pronunciamientos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso que si al momento de realizarse el acto de afiliación o cambio de régimen pensional, no hay una información clara, completa y comprensible por parte del Fondo de Pensiones hacia el usuario de dichos servicios, tal acto no tendrá la efectividad suficiente y dará lugar a la declaratoria de la ineficacia o nulidad del traslado, no siendo suficiente el simple consentimiento informado expresado en el formulario de afiliación, ya que esto no demuestra que en efecto se cumplió con el deber de suministrar dicha información, demostración esta que por demás se encuentra, dentro de un proceso judicial, en cabeza del Fondo de Pensiones, invirtiéndose la carga de la prueba. (Ver sentencias de radicados N° 31989 de 2008 M.P. Eduardo López Villegas, N° 31314 de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; N° 33083 del 22 de noviembre de 2011, la SL 9519 radicado n° 55050 del 22 de julio de 2015, la SL 19447 radicado n° 47125 de 27 de septiembre de 2017, SL 17595 con radicado n° 46292 de 18 de octubre de 2017, la sentencia SL 2372 con radicado n° 45041 de 23 de mayo de 2018, sentencia SL 47990 del 28 de febrero de 2018 y SL1452 de 2019).

En conclusión, para que el operador judicial declare la nulidad de traslado de régimen pensional, deberá realizar un análisis minucioso sobre la actuación administrativa desarrollada por la administradora de pensiones, con el fin de verificar y constatar que el afiliado recibió la información adecuada, suficiente y cierta sobre su traslado, bajo el entendido de que las mencionadas entidades fueron creadas para cumplir un servicio público como lo es la seguridad social, con conocimientos y experiencia que resultan confiables a los ciudadanos quienes les entregan sus ahorros para la previsión a su vejez, invalidez o muerte.

Es de suma importancia resaltar que, este deber conlleva, a que el afiliado goce de un completo y certero conocimiento sobre la posibilidad de elegir voluntariamente, en permanecer en el régimen público o privado de seguridad social en pensión y le permite entender sobre los beneficios y desventajas de cada uno, ya que a pesar de cubrir los mismos riesgos, cada administradora ofrece diferentes alternativas que dependiendo del aporte, de la edad, de la fecha inicial de afiliación y de otras características procesales y sustanciales, los resultados son disímiles respecto al capital ahorrado, la liquidación de las pensiones, requisitos y exigencias para ser beneficiario de las prestaciones.

Y entonces, según lo expuesto, se encuentra en cabeza del fondo de pensiones la obligación de controvertir la declaración de ineficacia del acto de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, dado que, en su libelo introductorio, el demandante afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertad y voluntariedad.

Por ello y siguiendo el precedente jurisprudencial antes mencionado, la Sala itera, en primer lugar, que la carga probatoria le corresponde a los fondos de pensiones y, segundo, dicha información necesaria refiere a la descripción, características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que implica un cotejo entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de dichos regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Caso concreto

Así las cosas, se tiene que el demandante NELSON PERALTA GÓMEZ nació el 02 de julio de 1965, que se afilió al Régimen de Prima media con Prestación definida el día 01 de abril de 1990, se trasladó el día **01 de julio de 1997**, del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR. Posteriormente el día 01 de julio de 2001 realizó un traslado Inter fondos dentro del RAIS de PORVENIR a ING hoy PROTECCION S.A.

En este sentido, el traslado del 1º de julio de 1997 se acreditó en el folio 51 del expediente digital PDF 04, documento bajo nombre formulario de afiliación ante HORIZONTE S.A. No.635630 el cual fue firmado por la demandante, dejándose plasmado que “hago constar que la selección del redimen de Ahorro Individual con Solidaridad- lo he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. manifiesto que he elegido a la administradora de fondos de pensiones y cesantías HORIZONTE S.A. para que administre mis aportes pensionales...”, circunstancia que no demuestra la obligación de la AFP analizada en renglones anteriores, pues la información y la libre escogencia, no se trata de diligenciar un formato ni adherirse a una cláusula genérica, *“sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”.* (ver sentencia SL19447-2017).

La A.F.P. tampoco demostró, que hubiera realizado una oferta respecto de proyecciones sobre el posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, que desde luego su resultado final, dependería del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, como tampoco se demostró que se proporcionara una comparación con el monto pensional que recibiría en el régimen de prima media, es decir, no se evidencia el estudio holístico entre las ventajas y desventajas que representara cada régimen para el caso particular de la demandante, no son suficientes para tener por demostrado el deber de información que atañe a las AFP en tanto desarrollan actividades de interés público.

Luego entonces, en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PORVENIR S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que, en este caso en particular, suministró al demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se indujo al demandante en el momento de su traslado, debido a la ausencia de una construcción comunicativa del estudio del impacto en el derecho pensional del afiliado, por lo que, se configura una falta al deber de información y buen consejo, de la administradora demandada PORVENIR S.A. y por consiguiente, encuentra esta Sala que es totalmente nulo e ineficaz el traslado y afiliación efectuada al régimen de ahorro individual de la demandante ante el fondo privado por vicio del consentimiento (error) por falta de asentimiento informado,

no asistiéndole la razón a los recurrentes y quedando de esta manera resuelto el primer problema jurídico planteado en forma favorable a la demandante NELSON PERALTA GÓMEZ.

Segundo problema jurídico.

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en julio de 1997 por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., y sus posteriores traslados entre régimen al fondo PROTECCIÓN S.A. realicen la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

Además, la mencionada Corporación se pronunció en su sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, de la siguiente manera al analizar los efectos de la declaratoria de ineficacia de un traslado:

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al *statu quo ante* no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

En este mismo sentido, la mencionada Corporación en su sentencia Rad. 31989 del 8 de septiembre, señaló:

Como la nulidad fue una 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 la mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiera 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...”

Lo anterior, por cuanto, al declararse la ineficacia del traslado, las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que la administradora tiene que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009, y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: «*Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley*».

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL SL5595-2021, CSJ SL2877-2020). (Ver sentencia SL4297/2022).

Así las cosas, SE CONFIRMARÁ en este sentido la sentencia apelada y consultada, en el sentido de CONDENAR a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. actualmente la administradora donde se encuentra afiliado el actor, a **trasladar a COLPENSIONES**, los saldos obrantes a su favor en la cuenta de ahorro individual, junto con el bono pensional y los rendimientos, además a devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por otra parte, COLPENSIONES alega que, el demandante realizó diferentes traslados inter-fondos, acentuando su voluntad de pertenencia en el RAIS, sin embargo, dicha circunstancia no resulta aceptable, pues como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL2877 del 29 de julio de 2020, radicado No. 78667 y en la reciente sentencia SL5686 de 2021, la teoría de los actos de relacionamiento no denota el compromiso serio del afiliado de pertenecer al RAIS, toda vez que cuando la actuación del traslado se encuentra viciada no

se convalida por los traslados realizados dentro del mentado régimen pensional; en otras palabras, la acción de cambiarse de fondo privado en el RAIS *no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales*. En efecto, la Alta Corporación reitera que la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó el demandante y precisamente la omisión a dicho deber genera la ineficacia.

En cuanto a la **excepción de prescripción formulada por Colpensiones en su recurso**, no opera en estos asuntos, ya que la condición de afiliado y, por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional, entonces el fenómeno de la prescripción inaplicable, tratándose de la petición de nulidad de traslado de régimen pensional, y ello obedece a la génesis de la ineficacia del traslado, que tiene como objetivo último la viabilidad de alcanzar la pensión de vejez, derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, por manera que si se genera una irregularidad en el procedimiento de traslado de un afiliado, no guarda fundamento constitucional el hecho de que se restrinja tal declaratoria a un término específico, pues aducir tal argumento, implicaría en la mayoría de los casos truncar el derecho del afiliado a adquirir una pensión de vejez en las condiciones más beneficiosas. En virtud a lo anterior, la decisión proferida por el Juez A quo deberá ser confirmada.

Por último, se rememora que las costas judiciales son aquellas erogaciones económicas que comporta la atención de un proceso judicial, en las que se incluyen: (i) **las expensas**, que son los gastos realizados y necesarios para adelantar el proceso y los causados en el desarrollo de la actuación, pero siempre distintos de los honorarios que se pagan a los abogados, como por ejemplo, la producción de determinadas pruebas, el valor del desplazamiento y el tiempo ocupado por los testigos en su declaración, las copias necesarias para surtir determinados recursos etc., y (ii) **las agencias en derecho**, que consisten en el valor que el juzgador le da al trabajo del profesional del derecho que ha salido avante en el proceso, las que le corresponde pagar a la parte que resulte derrotada judicialmente; entonces, éste último rubro sumado con las expensas integran el concepto de costas.

En ese orden de ideas, tal y como se ha señalado en múltiples pronunciamientos de esta Sala, en lo que respecta a las costas procesales, debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cual es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio, por lo que, al resultar esta entidad vencida en juicio, es procedente la condena impuesta por el A quo, debiéndose CONFIRMAR la misma.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en

derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.00 m/cte.) a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A. a favor del demandante NELSON PERALTA GÓMEZ.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 01 de noviembre de 2022, por las consideraciones expuestas.

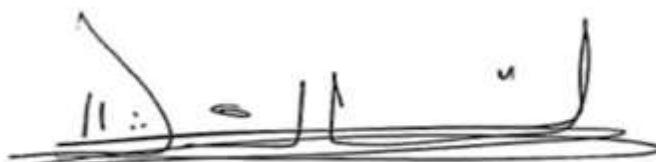
SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, esto es a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y PORVENIR a favor del demandante NELSON PERALTA GÓMEZ.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



DAVID A. J. CORREA STEER
MAGISTRADO
ACLARO VOTO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 54 001 31 05 002
2021 00147 01**

PI 20146

NELSON PERALTA GÓMEZ contra **COLPENSIONES Y
OTRO.**

Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala, por las razones que a continuación explicaré:

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, a partir de la providencia emitida dentro del presente proceso, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos

dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado