



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 tres (3) de noviembre dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-001-2022-00395-01 P.T. No. 20.668

NATURALEZA: ORDINARIO.

DEMANDANTE JOSÉ JOAQUÍN GÓMEZ RIAÑO.

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRA.

FECHA PROVIDENCIA: TRES (3) DE NOVIEMBRE DE 2023.

DECISION: **"PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada proferida el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 9 de agosto de 2023, 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 OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a favor del demandante JOSE JOAQUIN GOMEZ RIAÑO. **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 diez (10) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy quince (15) de noviembre 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 Primero Laboral Circuito de Cúcuta
Rad. Juzgado: 54 001 31 05 001 2022 00395 01
Partida Tribunal: 20.668
Demandante: JOSE JOAQUIN GOMEZ RIAÑO
Demandada (o): COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Tema: NULIDAD DE TRASLADO
Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, tres (3) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de alzada presentado por las apoderadas judiciales de las entidades demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A, y surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día **9 de agosto de 2023**, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54 001 31 05 001 2022 00395 01 y partida de este Tribunal Superior No. 20.668 promovido por el señor JOSE JOAQUIN GOMEZ RIAÑO a través de apoderado judicial contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, S.A.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretende que, se **DECLARE** la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que realizó del 01 de marzo del 2000, del régimen de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, en razón a la indebida y nula información que le suministro el fondo privado, para convencerlo de trasladarse de régimen. En consecuencia, solicita que se ordene a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante y

seguidamente se ordene a COLPENSIONES recibir los aportes sin solución de continuidad, al igual que una vez recibidos los aportes corrija y actualice la historia laboral del demandante.

De manera subsidiaria solicita que se declara que la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENI, con ocasión a la indebida y nula información suministrada al momento del traslado efectuado por el demandante, ocasiono perjuicios que deben ser reparados, por lo que solicita que se condene a reconocer pensión por vejez a favor del señor JOSÉ JOAQUÍN GÓMEZ RIAÑO, en las mismas condiciones y circunstancias a que tenía derecho, si se hubiese pensionado en el Régimen de Prima Media Con Prestación Definida.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones manifestando que nació el 27 de abril de 1962, por lo que cumpliría la edad mínima requerida para acceder a la pensión de vejez en el año 2024. Que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 30 de noviembre de 1987 donde cotizó 311.5 semanas, posteriormente el 01 de marzo del 2000 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante afiliación a PORVENIR, decisión la cual no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibía, desde su afiliación en el RAIS cotizó 944 semanas al sistema de pensiones, es decir cuenta al momento presentar la demanda con más de 1190 semanas cotizadas y que el día 12 de mayo de 2022 el demandante solicitó ante COLPENSIONES el traslado a su régimen, solicitud que fue rechazada por COLPENSIONES en oficio BZ2020_6127900-1339935.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, EICE., actuando por medio de apoderado judicial contestó la demanda, manifestando que no le constan los hechos, toda vez que son circunstancias ajenas a COLPENSIONES y rechazó todas las pretensiones incoadas en su contra, en razón a que el traslado realizado no se evidencia la ausencia alguno de los requisitos necesarios para obligarse, contenidos en el Art. 1502 del Código Civil, por el contrario, se logra evidenciar la manifestación libre y voluntaria del demandante de permanecer al régimen de ahorro individual con solidaridad y a su vez, la validez del formulario de afiliación que perfeccionó su voluntad de trasladarse al mencionado régimen. Frente a las pretensiones subsidiarias, manifiesta que se atiene a lo que resulte probado, ya que es una pretensión que no va dirigida en contra de COLPENSIONES.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó: la buena fe, la inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, la prescripción, el cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en caso de ineficacia de traslado de régimen, La

responsabilidad SUI GENERIS, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, la no procedencia de la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional en los casos en que la parte demandante se trate de una persona que ya se encuentre pensionada en el RAIS en cualquiera de sus modalidades y la innominada o genérica.

LA AFP PORVENIR S.A., a través de su apoderado judicial manifestó que se opone a todas las pretensiones incoadas por el demandante, alegando que el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación, en la medida en que el traslado realizado fue de forma libre y voluntaria, puesto que recibió asesoría de manera verbal por parte de PORVENIR, donde se le suministró toda la información clara, suficiente y veraz explicándole las características del régimen acorde a la normatividad existente para el momento de la vinculación y en virtud de ello se consolidó la voluntad del demandante afiliándose al RAIS. De tal forma que el traslado de régimen pensional fue completamente válido y eficaz.

Sostuvo que si bien existía una obligación para las administradoras del Sistema General de Pensiones de entregar información dada a quienes pretendiesen vincularse a ellas, era una información necesaria, veraz y suficiente, pero nada más. Por lo tanto, no había obligación de brindar una asesoría, de dar un buen consejo, incluso para desincentivar la afiliación, ni, mucho menos, una doble asesoría. Tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría, esto es, no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen, pues ninguna norma así lo exigía.

Advierte que no toda omisión en la información en el acto de traslado puede afectar el consentimiento, puesto que, aparte de que debe establecerse la incidencia que tenga en el caso particular de cada afiliado, para que esa afectación se materialice se requiere que, efectivamente se constate con la realidad y no en abstracto o con base en meras especulaciones, la omisión produzca un daño claro, cierto y determinable en el afiliado. Situación que no se evidencia en el presente caso, pues no hay ninguna prueba de ese perjuicio, el cual, como es apenas obvio, no puede determinarse con la sola diferencia eventual en los montos de las prestaciones que otorgan los dos regímenes pensionales, la cual, con todo, no está suficientemente determinada en el presente caso.

Menciona que, el demandante contó con varias posibilidades legales para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de las cuales es forzoso entender que tenía conocimiento por estar establecidas en disposiciones legales de público conocimiento. Alegar lo contrario equivaldría a aceptar que en este caso se justifica y excusa la ignorancia de la ley.

Por último, manifiesta que en caso de declararse la nulidad o la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional sería improcedente el traslado de

gastos de administración y prima de seguro previsional, en razón a lo contemplado en el Art. 1746 del Código Civil restituciones mutuas, que en síntesis supone poner a las partes en el estado que se hallarían si no hubiese existido el traslado o la afiliación. Propuso las excepciones de mérito: la prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 9 de agosto de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la existencia de traslado que hizo el señor demandante JOSE JOAQUIN GOMEZ a PORVENIR, a devolver al sistema todos los valores recibidos del demandante, como bonos pensionales y todos los movimientos incurridos al régimen de prima media con sus rendimientos que hubieren causado.

SEGUNDO: Condenar a PORVENIR a devolver al sistema todos los valores recibidos del demandante anteriormente mencionados con los rendimientos que hubieren causado.

TERCERO: ORDENAR A COLPENSIONES aceptar el traslado del demandante del régimen de ahorro individual al régimen de prima media.

CUARTO: CONDENAR a los demandados asumir todos los deterioros sufridos por los daños sufridos, eso es las mermas y gastos incurridos.

QUINTO. No prosperan las excepciones propuestas por las demandadas ya que las mismas se pueden solicitar en cualquier tiempo.

SEXTO. costas a cargo de las demandadas.”

El Juez A quo resumió los hechos, pretensiones de la demanda y las contestaciones realizadas por entidades demandadas, las pruebas documentales aportadas y el Interrogatorio de parte al demandante. Por lo que fundamenta su decisión manifestando que efectivamente como se evidencia en los hechos de la demanda y lo expuesto por el demandante en su interrogatorio de parte, se ve corroborado la falta de información por parte de PORVENIR en el momento en que realizó el traslado de régimen al demandante y de igual forma que con las pruebas documentales verificó que a corte de febrero 8 de 2022, el demandante tiene en el sistema pensional para trasladar aportes un total de 238.1 semanas válidas para bono pensional y 944.2 semanas cotizadas en el fondo porvenir, para un total de 1190 semanas cotizadas. De igual forma con el informe del sistema de seguridad social, se evidencia que el demandante estuvo afiliado al ISS desde el 30 de noviembre de 1987 al 7 de diciembre del 2000, y que con el formulario de afiliación del 3 de enero del año 2000 se evidencia que ese día el demandante cambio su régimen pensional de Prima Media con Prestación Definida por el de Ahorro Individual con Solidaridad administrador por hoy en día PORVENIR S.A.

Resalta que con vista en la negativa del demandante de haber recibido la información básica, mínima y necesaria para una escogencia del régimen pensional que lo favoreciera, como lo ha mencionado la Corte Suprema de Justicia, ante esa negación indefinida, la carga de la prueba recae en el fondo administrador de pensiones, en este caso PORVENIR, quien no logra evidenciar el cumplimiento y hubiere dado la información clara, precisa y veraz, sobre los sistemas pensionales, las características, los riesgos y los beneficios que hay en cada uno de los regímenes pensionales.

Por lo tanto, dando aplicación al Art. 97 respecto de la obligación del fondo al momento del traslado del demandante en marzo del año 2000, se declarará la ineficacia y nulidad del traslado de régimen pensional que realizó el demandante de su régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, de tal forma que se le ordenara a PORVENIR devolver todos los dineros que posee el demandante en su cuenta pensional y a COLPENSIONES una vez PORVENIR de cumplimiento proceda a tener como su afiliado al señor JOSÉ JOAQUÍN GÓMEZ RIAÑO y en razón al contenido de la sentencia SL5686/2021 se ordena devolver a PORVENIR S.A de su propio peculio, todas las mermas sufridas por el capital pensional del demandante, dineros que deben ser debidamente indexados, mermas sufridas por gastos de administración, seguros provisionales y respaldo a la pensión mínima de vejez.

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, en término que art. 2º Ley 797 de 2033 literal e) art, 13 Ley 100 de 1993, porque cuenta con menos de 10 años para pensionarse y la ley dispone que no puede trasladarse de régimen, en cuanto a la declaratoria de ineficacia del traslado no resulta procedente, teniendo en cuenta que a la fecha el traslado cuenta con plena validez conforme las leyes colombianas.

Resalta que el demandante ejerció su derecho a la libre elección de régimen establecido conforme al Art. 13 literal B de la Ley 100 de 1993. El motivo que persigue la disposición anteriormente mencionada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen de prima media con prestación definida y simultáneamente defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones de régimen de ahorro individual con solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia. Por lo que teniendo en cuenta que el actor estuvo afiliado al RAIS por más de 25 años, esto demuestra su conformidad en el mencionado régimen, ya que tuvo la oportunidad de decidir en qué fondo de pensiones quería permanecer, para obtener su pensión de vejez. Finalmente, expresa no encontrarse conforme la condena en costas, toda vez que COLPENSIONES no fue determinadora del cambio de régimen.

PORVENIR S.A. a través de apoderada judicial interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, manifestando que para la época del traslado no se exigía ninguna carga informativa que representará para porvenir, el deber de conservar soportes diferentes al formulario de afiliación, por lo que no podía exigirse a PORVENIR S.A el cumplimiento de un deber que simplemente para la época de la afiliación no se encontraba en vigencia, puesto que había sido objeto de múltiples desarrollos normativos y jurisprudenciales, sino que además no pueden aplicarse de manera retroactiva este deber a PORVENIR la cual siempre estuvo aparada en el principio de confianza legítima y seguridad jurídica.

Debía considerarse igualmente que el deber de información mínima resultaba ser de doble vía, que no puede eximirse al afiliado de concurrir suficientemente informado al acto de afiliación o bien efectuarle preguntas a los asesores comerciales o indagar sobre su situación pensional durante el tiempo que ha permanecido vinculado con PORVENIR S.A y que en este caso se evidencia que el demandante nunca elevó algún tipo de queja o reclamo respecto de su afiliación, por el contrario, se mantuvo efectuado sus aportes obligatorios y se benefició de las ventajas que ofrece el régimen, como rendimientos financieros, posibilidad de pensionarse de manera anticipada y entre otros. Actos, los cuales han sido catalogados por la CSJ como actos de relacionamiento que no solamente presuponen un conocimiento cierto de parte del afiliado, sino que constituyen como verdaderas manifestaciones adicionales a la firma del formulario de afiliación en relación con su determinación y aceptación características del régimen pensional.

Resalta que, el demandante solamente reporta un interés en relación con su situación pensional, ya cuando se encuentra a puertas de consolidar su derecho pensional y que cuando fue interrogado respecto la razón por la que desea retornar a COLPENSIONES, manifestó ampliamente que no se encuentra conforme con el monto de la mesada pensional, situación que no es suficiente para que se declare ineficaz el traslado. Menciona que en Colombia están ampliamente permitidos ambos regímenes pensionales, los cuales tienen unas formas específicas para el reconocimiento prestacional y es el demandante quien libremente se vincula al régimen pensional, seleccionado con ello el RAIS, por lo que no es atribuible el desconocimiento del deber de información a PORVENIR S.A, pero además no se le puede restar efectos jurídicos de la determinación que tomo el demandante de manera libre y voluntaria. De igual forma expresa que de ser declarada la ineficacia del traslado, no debe condenarse a PORVENIR devolver: los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de seguros provisionales e indexación de los rubros a devolver.

Por ultimo menciona que en el presente caso no se está discutiendo el derecho del demandante a pensionarse, sino la existencia de nulidad y/o ineficacia en el traslado, por lo que conforme al Art 1750 del código civil, 151 de C.P.T.S.S y 488 C.S.T estas pretensiones si eran susceptibles del fenómeno prescriptivo, por lo que se encontraban prescritas.

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.

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 JOSÉ JOAQUÍN GÓMEZ RIAÑO en marzo del 2000 desde el ISS hoy COLPENSIONES a LA AFP PORVENIR SA.
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., y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones.

Se examinará 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 el 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 el 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 RPMPD al fondo de pensiones 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 demandante 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.

Se recuerda igualmente que el Decreto 2071 de 2015 y la circular Externa 016 de 2016 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 la AFP PORVENIR S.A.

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 JOSÉ JOAQUÍN GÓMEZ RIAÑO nació el 27 de abril de 1962 (fl. 10, PDF. 001), que se afilió al Régimen de Prima media con Prestación definida ISS desde el 30 de noviembre de 1987 y que según historia laboral expedida y aportada por PORVENIR S.A el 16 de marzo de 2023, el demandante tiene un total de 246.3 semanas cotizadas en entidades públicas, 65.2 semanas pendientes por confirmar y que en PORVENIR S.A ha cotizado 995.7 semanas, para un total de 1241 semanas cotizadas:

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 1° del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”. (ver sentencia SL19447-2017).

La A.F.P. no 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 del demandante..

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 del 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 al demandante JOSÉ JOAQUÍN GÓMEZ RIAÑO.

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 el demandante en enero del 2000, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación del demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., realice la devolución de los aportes

por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a 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. actualmente la administradora donde se encuentra afiliada la parte actora, 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.

Igualmente, se tiene que la **excepción de prescripción formulada en la contestación de la demanda**, 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 OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000m/cte.) a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., a favor del demandante JOSE JOAQUIN GOMEZ RIAÑO.

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 Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 9 de agosto de 2023, 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 OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a favor del demandante JOSE JOAQUIN GOMEZ RIAÑO.

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**

Nidia Belén Quintero G.
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL n.° 54 001 31 05 001
2022 00395 01.**

PI 20668

JOSÉ JOAQUÍN GÓMEZ RIAÑO contra **COLPENSIONES Y
OTROS.**

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, en atención a 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, bajo la observancia de lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.° 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, appearing to read 'D. A. J. C. S.', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado