



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 once (11) de marzo dos mil veinticuatro (2024), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-004-2022-00172-01 P.T. No. 20.806
NATURALEZA: ORDINARIO.
DEMANDANTE EMERITA NAVAS FERNANDEZ.
DEMANDADO: COLPENSIONES y OTRA.
FECHA PROVIDENCIA: ONCE (11) DE MARZO DE 2024.
DECISION: **"PRIMERO: Confirmar** la sentencia de fecha 04 de octubre de 2.023 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, modificando solamente el numeral primero de la parte resolutive, en cuanto a que se tiene como fecha efectiva del traslado el 01 de febrero del año 1.996, momento desde el cual se deben hacer las devoluciones en los términos ordenados. Lo anterior, de conformidad con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia. **SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia** a COLPENSIONES y a PORVENIR; se fijan como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$250.000) a cargo de cada demandada y a favor de la demandante. **Tercero:** Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen."

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy quince (15) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy diecinueve (19) de marzo de 2024, a las 6:00 p.m.

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DE DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA**

Cúcuta, once (11) de marzo de dos mil veinticuatro (2.024)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2022-00172-01
RADICADO INTERNO:	20.806
DEMANDANTE:	EMERITA NAVAS FERNANDEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

**MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, así como el grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 04 de octubre de 2.023 que fue proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

La señora EMERITA NAVAS FERNANDEZ a través de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PORVENIR, solicitando que se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a la AFP el 30 de mayo de 1996 y que para todos los efectos legales nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD. Como consecuencia, solicita que se ordene a PORVENIR SA trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros obrantes en su cuenta individual por aportes a pensión y a esta última, aceptar el traslado de esos dineros y recibirla sin solución de continuidad como afiliada al RPMPD.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata:

- Que nació el 06 de octubre de 1963. Que empezó a cotizar para los riesgos de invalidez, vejez y muerte el 20 de enero de 1981. Que a la fecha cuenta con más de 2.108 semanas efectivamente cotizadas, demostrando estabilidad laboral.

- Que el 30 de mayo de 1996 fue trasladada del RPMPD al RAIS a través de PORVENIR, sin que en ningún momento le brindaran asesoría pensional ni información sobre los beneficios y contras de permanecer allí. Que se omitió el deber del buen consejo y de brindar una asesoría correcta, en la cual se tuviera en cuenta su historia laboral, perfil profesional y proyecto de vida, y no se realizó una proyección pensional al momento del traslado que le permitiera tener pleno conocimiento de su decisión. Que jamás se le informó sobre el año de gracia otorgado

por la Ley 797 de 2003 a quienes quisieran trasladarse de régimen pensional, ni sobre la prohibición de traslado entre regímenes pensionales cuando faltan menos de diez años para cumplir la edad de pensión en el RPM. Que le dieron una falsa información frente a la devolución de saldos al omitir lo preceptuado en el artículo 85 de la Ley 100, creando una falsa expectativa sobre los beneficios otorgados por el fondo privado, al no tener la disponibilidad de dichos recursos como se le indico en distintas asesorías. Que de recibir la asesoría correcta nunca se hubiese trasladado.

- Que al pasar a PORVENIR venia cotizando al RPMPD lo que le permitiría cumplir con los requisitos establecidos en ese régimen, obteniendo mejores beneficios que al estar vinculada al RAIS. Que tiene un promedio en sus últimos 10 años de \$ 2.000.000, como se demuestra con la historia laboral y reflejan las cotizaciones realizadas al sistema pensional durante ese periodo, por lo que obtendría una pensión en COLPENSIONES de \$1.600.000 aproximadamente, monto totalmente alejado del proyectado por la AFP, la cual le aseguró que tendría una mejor pensión que en el I.S.S y a cualquier edad.

- Que el 10 de mayo del 2022 radicó a través de correo electrónico ante PORVENIR, la solicitud de ineficacia del traslado, la cual fue resuelta negativamente mediante respuesta de fecha 02 de junio del 2022. Que el día 07 de junio del 2022, a través de la atención presencial para la afiliación de COLPENSIONES, de manera verbal solicitó el traslado de régimen pensional y en esa fecha recibió respuesta negativa, por lo que se agotó la reclamación administrativa ante esa entidad.

La demandada **PORVENIR** a través de apoderado judicial contestó:

- Que no le constan los hechos que se expresan en la demanda y que los mismos deben probarse. Se opone a las pretensiones por cuanto el traslado del RPMPD al RAIS, se realizó conforme a derecho y no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y acceder a las súplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial.

- Que la demandante se vinculó a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., mediante formulario No. 635296 de fecha 30/04/1998. Que el formulario suscrito por la demandante bajo la gravedad del juramento, da constancia de que hubo una debida asesoría y que tomó su decisión de manera libre, espontánea y sin presiones. Que tan consiente y válida fue la decisión de la demandante que el art. 3 del Decreto 1161 de 1994 le ofrecía la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a su elección, y no lo hizo. Que cuando se realizó la afiliación o traslado a esa A.F.P. no existía disposición en la Ley 100 de 1993 que regulara expresamente cómo se debía asesorar para el cambio de régimen, asunto que se reguló con la expedición de la Ley 1328/2009 en su artículo 48. Además, para el año del traslado no existía disposición legal que exigiera realizar proyecciones.

- Que informó a sus afiliados sobre las posibilidades de traslado de régimen a través de los canales dispuestos por esa entidad y junto al envío de los extractos trimestrales, y en el año 2004 realizó campañas a través de comunicaciones masivas por medios de comunicación, informando la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en las normas y la demandante no hizo uso de ese legítimo derecho.

- Que la demandante, tras años, demanda la nulidad de su traslado, cuando en ese lapso, ya existía información decantada y accesible al público sobre las diferencias e implicaciones de los regímenes pensionales de la Ley 100 de 1993, y dejó pasar todas las oportunidades que las disposiciones legales le ofrecían para

hacer válidamente un nuevo traslado de régimen pensional y, además, está incurso en la prohibición legal de traslado de régimen del art. 2 de la Ley 797/2003, pues está a menos de 10 años de la edad de pensión.

- Que la H. Corte Constitucional ha trazado una clara línea jurisprudencial en las sentencias SU-062/2010, C-1024/2004 y SU-130/2013, en los eventos en los cuales le es permitido a los afiliados trasladarse de régimen en cualquier tiempo sin estar sujetos a la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2 de la Ley 797 de 2003, lo que no está acreditado en este caso.

- Que en la sentencia de la CSJ-Sala Laboral, SL19447-2017 de fecha 27 de septiembre de 2017, Radicado No 47125, MP Gerardo Botero Zuluaga, se establece como uno de los requisitos de procedencia para declarar ineficaz la afiliación, que la insuficiencia de información impida el acceso al derecho a pensión y para este caso, el acceso al derecho a pensión en el RAIS se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

- Que en el remoto e improbable evento de acceder a las suplicas de la demanda, se debe considerar que de conformidad con la sentencia SU-62/2010 y el Decreto 3995/2008, es requisito *sine qua non* para que se produzca el traslado de regímenes, que exista equivalencia entre lo ahorrado en el RAIS y el monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubiere permanecido en el RPM y de existir diferencia debe ser asumida por el afiliado, en consonancia con el art. 1746 del CC que contiene los efectos de la declaración de nulidad.

- Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

La demandada **COLPENSIONES** a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relacionados a la fecha de nacimiento de la demandante, la fecha en que inició cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, el número de semanas cotizadas en su historia laboral y que el 30 de mayo de 1996 fue trasladada del RPMPD al RAIS. Respecto a los demás hechos, manifestó que no le constan.

- Expresó rechazo a las pretensiones de la demanda, argumentando que a la parte actora no le asiste el derecho reclamado, teniendo en cuenta que, a la fecha, el traslado efectuado al RAIS goza de plena validez, ya que el mismo se realizó en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen establecido en el artículo 13 literal B de la Ley 100/93, además se evidencia la manifestación libre y voluntaria de permanecer en dicho régimen y a su vez, la validez del formulario de afiliación que perfeccionó tal voluntad. Resaltó, que esa entidad no intervino en el momento en que el fondo privado brindó información al demandante, que simplemente acató su voluntad de trasladarse de régimen pensional conforme a la normatividad.

- Que la Corte ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional, por lo cual, no puede predicar ausencia absoluta de información, cuando la ha recibido acerca del saldo en su cuenta de ahorro individual, de las modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones, y con todo esto, permanece un número de años considerables allí.

- Destacó que reconocer la nulidad o ineficacia del traslado solicitada y trasladar a COLPENSIONES la totalidad de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados, atenta contra la estabilidad del sistema pensional colombiano administrado por esta, pues al permitírsele dicho traslado, después de

vencida la oportunidad legal para ello, transgrede la finalidad constitucional del término establecido en la norma. Según la Corte Constitucional, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría. Que el demandante tiene 65 años, faltándole menos de 10 para tener derecho a la pensión de vejez y, por tanto, no es posible trasladarse del RAIS al RMPD.

- Que en concordancia con el artículo 167 del CGP y la jurisprudencia, corresponde a la parte demandante probar la supuesta indebida y engañosa información que brindó el fondo privado y que se alega en la demanda o al fondo privado le corresponde probar que brindó la información y los elementos necesarios para que la parte demandante pudiera adoptar una decisión adecuada, excluyéndose de esta responsabilidad a Colpensiones, ya que la entidad es ajena al acto jurídico celebrado entre el demandante y la administradora del fondo de pensiones privado al cual se trasladó, por lo que solicita que no se acceda a la condena en costas ni en intereses moratorios.

- Propuso las excepciones de mérito: Buena fe; inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir; prescripción; cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; no procede 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 régimen de ahorro individual en cualquiera de sus modalidades y la genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR SA, contra la Sentencia del 04 de octubre de 2.023, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“Primero: Declarar la ineficacia de la afiliación o traslado de la parte demandante, EMERITA NAVAS FERNANDEZ, cédula 37176568, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES SA, hacia HORIZONTE, hoy PORVENIR; fecha de traslado 30/05/96, conforme a lo considerado.

Segundo: Condenar al fondo pensional PORVENIR SA a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES SA, quien representa el Régimen de Prima Media, y a favor de la parte demandante, todos los valores que hubiera recibido desde el traslado y hasta el cumplimiento efectivo de la sentencia, la entrega de todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales de haberse cobrado, saldo de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado sin posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración ni por cualquier otro concepto como seguros previsionales; señalamos para el efecto (artículo 26 inciso tercero de la Ley 100 del año 93, modificado por el artículo séptimo de la Ley 797 del 2003 y literal B, artículo 60, Ley 100 del año 93), precisando muy especialmente que son de cargo del fondo pensional PORVENIR SA como de determinante del traslado de régimen, la devolución de todos los recursos que fueron objeto de descuento a la demandante por los conceptos precitados desde el inicio del traslado y hasta que se devuelvan los recursos en su totalidad a COLPENSIONES SA, ya de forma directa o a través del último fondo privado donde se encuentre actualmente el capital, que no es el

caso aquí, en este caso es el mismo PORVENIR por haber sido el determinador del traslado de régimen, todo conforme a lo considerado. Término para el cumplimiento, un mes a la ejecutoria de la sentencia.

Tercero: Declarar que la demandante para efectos pensionales se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (afiliación ficta) administrado en su momento por el extinto ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES SA, todo conforme a lo considerado.

Cuarto: Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la pasiva y sobre las demás propuestas hay declaración insita conforme a lo considerado.

Quinto: Declarar la buena fe de la pasiva, no obstante, no es suficiente por sí sola para enervar el derecho de la parte demandante.

Sexto: Condenar a COLPENSIONES SA a recibir el capital pensional procedente del fondo privado o Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad PORVENIR SA, incluyendo los descuentos hechos en su 100% desde la génesis del traslado y hasta que se devuelvan en su totalidad los recursos con intereses, rendimientos financieros y demás, traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado según la historia laboral de aportes o cotizaciones y sobre el cual cotizó la parte demandante, todo conforme a lo considerado.

Séptimo: Condenar en cosas a la pasiva y a favor del demandante. Se fijan las agencias en \$2.00.000 pesos a cargo de PORVENIR SA y de \$1.160.000 pesos a cargo de COLPENSIONES SA, por su oposición a lo pretendido, su posición es defensiva, es natural y obvia frente al gran compromiso que se le impone con la sentencia. Fundamento legal, artículo 365, numeral primero del Código General del Proceso, en concordancia con el acuerdo PSAA 16-10554 de agosto 05 del 16, artículo quinto. Al liquidar las costas se incluirán las agencias respectivas que se ordenan.

Octavo: Ordenar el grado jurisdiccional de la consulta así apele la sentencia COLPENSIONES SA, de acuerdo con el artículo 14, Ley 1149 de 2007, en razón a que hay condena al imponerse una obligación a COLPENSIONES SA, siendo garante la Nación.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

El juez de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

- Que el 30 de mayo del año 96 la demandante se trasladó de régimen pensional a través de HORIZONTE, hoy PORVENIR. Que en el interrogatorio de parte la demandante señaló la información precaria que había recibido y que determinó su traslado. Que la información que tenía que dar la AFP como parte del sistema financiero debía tener la característica de ser por lo menos suficiente.

- Que el artículo 13 literal e de la Ley 100 del año 93, inicialmente establecía una posibilidad de trasladarse de régimen cada 3 años, luego vino la modificación de la Ley 797 del 2003, artículo 2, en cuanto a que desde la elección inicial, el traslado se puede dar una vez cada 5 años, otorgando esta ley un año a partir de su vigencia para que se pudieran hacer traslados, a su vez estableció que cuando falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener el derecho a la pensión está prohibido trasladarse. Que, sobre esta situación, no se le informó a la demandante para que tomara una decisión, pues no se ha demostrado lo contrario por parte del fondo.

- Que, a nivel jurisprudencial inicialmente se hablaba de nulidad, pero en el año 2.008 ya hay sentencias sobre ineficacia, donde el trabajo de la parte demandante va a ser menor, solamente debe plantear la negativa indefinida y los fondos tienen que probar que cumplieron con la obligación de suministrar una información necesaria y transparente para materializar el traslado entre regímenes,

pues el artículo 1604 del Código Civil señala la prueba de la diligencia y cuidado en la celebración de los contratos que incumbe al que ha debido emplearlo y, por lo tanto, el deber de información está a cargo de las administradoras de fondos de pensiones. Que, la información debe ser completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones de dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Citó el radicado 31189 de 2.008, siendo ponente el doctor Eduardo López Villegas. Que se hablaba de ese deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad, premisas que implican dar a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes, como podría ser la asistencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. También citó la SL 1452 del 3 de abril de 2.019 sobre la información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

- Que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado porque se plantea una negativa indefinida, según la sentencia 31189 del 2008, reiterada en la SL 1452 del día 19, a las AFP les corresponde probar que existió una explicación debida sobre las implicaciones del cambio de régimen. Que el Decreto 663 del 93, artículo 97, numeral 1, señala para las entidades financieras como los fondos privados de pensiones, la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios que presta la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realice, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.

- Que la jurisprudencia ha señalado que los formularios que se firmaban donde había unos datos que tenían que ser llenados religiosamente para que fuera válido el traslado, no contenían una información suficiente para que naciera esa decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen por parte del afiliado, de acuerdo al artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 del 93, no se llenaba la exigencia. Que a folio 49 del archivo digital, se encuentra el formulario donde se declara sobre los antecedentes del trabajador y también sobre la voluntad de selección, que es libre, espontánea y sin presiones, pero esto no es suficiente para probar la información que tenía que darse.

- Que la información tenía que darse inicialmente al potencial afiliado para que tomara una decisión libre y no es válida una información posterior para lograr que no se condene por ineficacia, pues esta se produce en el momento del traslado, entonces es retroactiva y no se subsana. Que la SL 1061, radicado 82136 del 22 de febrero del 21, Magistrada Ponente Ana María Muñoz segura, señala sobre la conducta del demandante al mantenerse tanto tiempo en el RAIS, que hay una comodidad, como cierta satisfacción, por lo cual se niega el derecho, pero esta no es la tesis dominante.

- Que la legislación ha sido muy celosa sobre el tema de la información, el artículo 10 del Decreto 720 del 94 estableció en cabeza de los fondos la responsabilidad de la actuación de los promotores, entonces no solamente tenían que explicar los beneficios del régimen al que pretendían trasladarse, sino, además, la forma de liquidar el monto de la pensión y la diferencia en el pago de los aportes teniendo en cuenta las características de cada cotizante.

- Que aquí se exigía el buen Consejo, solamente se puede hablar del deber de suministrar información necesaria y transparente, pues teniendo en cuenta el momento del traslado, aplica lo referente a la primera etapa del deber de información según la sentencia SL1450 del 03 de abril del 19. Que, es claro que la AFP no obró en consonancia con el principio de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, ni con

el tenor del literal a del artículo 2 y los artículos 271 y 272 de la Ley 100 del año 93, tampoco según los artículos 1 y 13 del Código sustantivo del Trabajo o el artículo primero superior sobre el respeto de la dignidad del trabajador.

- Que la pasiva no dio prueba de la información necesaria y transparente, por lo que se declara la ineficacia que afecta el origen del traslado, lo que implica la devolución al RPMPD de la totalidad de los recursos que aportó el afiliado al RAIS, incluso los gastos de administración que le fueron descontados para pagar los seguros previsionales, todo con intereses y no se puede descontar suma alguna según SL 31989 del 9 de septiembre del 2008, SL 9464 del 18, SL 4989 del 18 y 1421 del 19, donde incluso la misma Corte ordena que se haga con recursos propios de ser necesario. Fundamentación adicional, artículo 103 y 102 de Ley 100 del año 93 y artículo 16 del Decreto 692 del 94. Que La AFP no puede verse favorecida con dineros que nunca debió percibir, además COLPENSIONES será la entidad encargada de un eventual reconocimiento prestacional del demandante, por lo que se ordena a esta última que reciba el capital total y lo traduzca en semanas cotizadas, ajustando las cotizaciones de acuerdo con el IBC de la demandante. Que la demandante no se encuentra pensionada ni en trámite pensional, lo que es fundamental porque de ser así la decisión sería diferente según la SL 373 del año 21.

- Que el radicado 47125, SL 19447 el 27 de septiembre 17, señaló que, si con el traslado no estaba en riesgo la pensión, no había lugar a una decisión como la que se estaba tomando, pero en este caso lo que se ve afectado es el cumplimiento de lo que establece la ley, por eso la ineficacia.

- Que según la SL 1688, radicado 68838 del 8 de mayo del 19, no hay lugar a prescripción en estos casos, debido a que es una sentencia declarativa sobre la ineficacia, lo que también se ha señalado en la SL 1689 del año 19. Que se presume la buena fe por ser un principio constitucional, artículo 83, se declara, pero no tienen la capacidad para enervar lo pretendido por la demandante. Que sobre las demás excepciones hay decisión ínsita.

- Que hay condena en costas a favor de la parte demandante y en contra de PORVENIR y COLPENSIONES, resaltando que a esta última se le fijan agencias en derecho por menor valor porque su vinculación era obligatoria y tenía que ejercer el contradictorio. Que hay lugar a consulta por la orden que se da a COLPENSIONES, artículo 14, Ley 1121 del 2007; el despacho retoma el criterio que se tenía respecto a la apelación y la consulta, SL 4088, radicado número 60884 del 23 de julio del año 14, Magistrado Ponente, Carlos Ernesto Molina Monsalve.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada PORVENIR:

La apoderada de PORVENIR interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que reitera la oposición a la pretensión de ineficacia y solicita revocar las condenas contra esa entidad porque contravienen el artículo 964 del Código Civil, pues el fondo por su actividad generó los rendimientos que se ordenan restituir, por lo que se deben reconocer los gastos de administración y comisiones que, según la Ley 100 de 1993, son la retribución por los servicios prestados y que se utilizan para cubrir los costos en la producción de frutos que no se pueden dejar sin efecto, lo que igualmente sucede con el seguro previsional, máxime cuando las aseguradoras son terceros ajenos al proceso.

- Que la Administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en ese mismo periodo y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa, por lo que de acuerdo al artículo 1746 del Código Civil, frente a los gastos de administración deben operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución.

3.2 De la demandada COLPENSIONES:

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que la demandante no solicitó ni de forma previa ni de forma posterior a su traslado en el RAIS realizado en el año 1996, algún tipo de asesoría pensional ante el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, y que nunca estuvo afiliada al RPM administrado por esas entidades.

- Que la prueba recaudada dentro del proceso es el formulario de afiliación al RAIS suscrito por la accionante y no es posible determinar la ausencia o la indebida información del fondo de pensiones frente a las reales características de los dos regímenes pensionales, las mesadas que percibiría la parte actora y las implicaciones o alcances de tales cambios que hayan motivado la decisión de la demandante para cambiarse de régimen pensional, o que su decisión de traslado no se haya realizado de manera libre o voluntaria y sin ninguna presión.

- Que con el acervo probatorio que reposa en el expediente es posible determinar la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS, esto por cuanto, promovió su traslado desde el RPMPD ante PORVENIR en ejercicio en la facultad contenida en el artículo 2. ° de la Ley 797 del año 2003, lo que permite colegir que conocía todas las condiciones y todos los beneficios que le reportaría tal decisión y se encontró de conformidad con ellos. Que, de no ser así, la demandante dentro de los términos que le otorgaba la ley hubiera optado por retornar al RPMPD.

- Que contrario al criterio asumido por la Corte Suprema de Justicia frente a la carga dinámica de la prueba en estos casos, está lo dispuesto en la sentencia C086 del año 2016 y el artículo 167 del Código General del Proceso, pues la misma no puede ser aplicada en forma genérica y sin ninguna ponderación en todos los casos. Por el contrario, cada caso debe estudiarse de forma particular, dado que existen diferencias entre los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y, por lo tanto, no todos los afiliados se pueden considerar inexpertos o incapaces de tomar una decisión acertada, teniendo en cuenta además que el acceso a la información de la situación pensional constituye una obligación de todo vinculado al sistema, y en ese sentido se tiene que en este proceso la demandante no se puede considerar parte débil frente a la decisión del traslado que ella promovió y cuando decidió trasladarse al RAIS sin ejercer en ningún momento su derecho de retracto o promover su retorno al RPM antes de cumplir sus 47 años de edad.

- Que la limitación de los traslados no es un capricho del legislador, el mismo encuentra fundamento en la necesidad de conservar el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, situación que ha sido ampliamente decantada por la Corte Constitucional, como en sentencias C789 del año 2002, la 624 del año 2004 y la SU 062 del año 2010; sentencias en las que se ha determinado que la posibilidad de permitir traslados cuando falten menos de 10 años para cumplir con la edad requerida para obtener el derecho a la pensión de vejez, descapitaliza el RPM pues la declaratoria de la ineficacia y la consecuente orden de afiliación a dicho régimen puede llevar consigo la necesidad de hacer uso de los recursos del fondo común que han formado los afiliados, poniendo de esta manera en riesgo su derecho pensional

y estableciendo además que los derechos a la libre elección y los derechos pensionales no son absolutos.

- Que, si bien se ordena al fondo privado PORVENIR que traslade a COLPENSIONES la totalidad de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual de la demandante, dicha situación genera una afectación al sistema pensional, por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el periodo de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia, y de esa manera asegura la sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de las mesadas pensionales, así como también el reajuste periódico de las mismas.

- Que la negativa de COLPENSIONES en aceptar el retorno de la demandante se encuentra de conformidad a derecho, teniendo en cuenta que no se acreditaron vicios del consentimiento, engaño o falta de información en el traslado de régimen por el cual optó la demandante, y adicional a ello porque presentó reclamación administrativa pidiendo la ineficacia del traslado el día 7 de junio del año 2022, es decir, cuando ya estaba inmersa en la prohibición contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2.º de la Ley 797 del año 2003.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá en grado jurisdiccional de consulta, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS

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

- **Demandada COLPENSIONES:**

El apoderado judicial de COLPENSIONES solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a su representada, por considerar que la petición encaminada a la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado no resulta procedente porque de acuerdo con los documentos aportados con la contestación de la demanda, la demandante efectuó su traslado al RPMPD de manera libre y voluntaria y con el lleno de los requisitos establecidos para la fecha de ocurrencia de los hechos, situación que se valida por la accionante teniendo en cuenta su aceptación de traslado plasmada con el diligenciamiento y firma del formulario de traslado.

Que la Corte también ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional. Que de acceder a las pretensiones de la demanda habría un perjuicio a la sostenibilidad económica del sistema pensional.

Que se debe excluir de la carga de la prueba a Colpensiones ya que la entidad es ajena al acto jurídico celebrado entre la demandante y la administradora del fondo de pensiones privado al cual se trasladó, por lo que solicita no ser condenada en costas.

- **Demandada PORVENIR:**

El apoderado de PORVENIR solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada, teniendo en cuenta que para la fecha en que fue realizado el traslado, no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; la cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal, dejando constancia, de que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin precisiones, pues el demandante suscribió el formulario exigido, luego la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley.

Indicó que, revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas desacreditan que se brindó una debida asesoría conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época de suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, que, para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

Señaló que no está de acuerdo en devolver los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, porque se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital, lo que se debe a la buena administración efectuada por la entidad administradora. Que debe tenerse en cuenta que la administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en ese mismo período y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa. Que teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el artículo 1746 del Código Civil, considera que frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas, y/o en su defecto, abstenerse de ordenar su devolución. También señaló, que las obligaciones que se generan como consecuencia del acuerdo de voluntades plasmado en el acto de afiliación al régimen de ahorro individual se pueden asemejar con los efectos que produce un contrato de mandato, el cual no tiene el carácter de gratuidad.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observa deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER

El problema jurídico propuesto a consideración de esta Sala es el siguiente:

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de EMERITA NAVAS FERNANDEZ del RPMPD al RAIS, realizado a través de la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR SA?, de ser procedente, ¿Si esto a su vez implica la devolución de aportes y demás conceptos ordenados?

8. CONSIDERACIONES

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora EMERITA NAVAS FERNANDEZ del RPMPD al RAIS, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones HORIZONTE, hoy PORVENIR SA, o si por su ausencia, procede la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el juez a quo concluyó que de acuerdo a la normativa y la jurisprudencia vigente, al momento del traslado la AFP tenía que dar una información necesaria y transparente a la parte demandante para materializar el mismo, dando a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes para que el potencial

afiliado pudiera tomar una decisión libre y voluntaria; requisito que no se cumple solo con el formulario del traslado, por lo que el fondo debía desvirtuar la negativa indefinida de la información planteada por la demandante, lo que no sucedió en este caso, razón por la cual se declara la ineficacia del traslado pensional.

A esta conclusión se opuso PORVENIR, solicita que se revoquen las condenas contra esa entidad porque contravienen el artículo 964 del Código Civil, pues el fondo generó los rendimientos que se ordenan restituir, por lo que se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones según la Ley 100 de 1993, ya que los servicios prestados no se pueden dejar sin efecto, lo que igualmente sucede con el seguro previsional, además la Administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en ese tiempo y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa.

Por otra parte, COLPENSIONES solicita que se revoquen las condenas contra esa entidad, argumentando que la demandante no solicitó asesoría pensional ante las administradoras del RPM y nunca estuvo afiliada allí. Que con el acervo probatorio es posible determinar la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS, porque promovió su traslado desde el RPMPD ante PORVENIR en ejercicio en la facultad contenida en el artículo 2.º de la Ley 797 del año 2003, lo que permite colegir que conocía todas las condiciones y todos los beneficios que le reportaría tal decisión y se encontró de conformidad con ellos, pues no se retractó de su decisión o retornó al RPMPD dentro de los términos que le otorgaba la ley. Que el acceso a la información de la situación pensional constituye una obligación de todo vinculado al sistema y la demandante no se puede considerar parte débil frente a la decisión del traslado. Que, si bien se ordena al fondo privado PORVENIR que traslade a COLPENSIONES la totalidad de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual de la demandante, dicha situación genera una afectación al sistema pensional.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Para que un traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual adquiera plena determinación, dicha actuación debe contener un pleno acatamiento de este deber para que de esa decisión se pueda predicar la libertad y voluntariedad exigida, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia sentada desde el año 2008 ha determinado que previo a su decisión, los ciudadanos deben recibir de los fondos la información completa respecto a lo que arriesgan con tal actuar, porque de no ser así, bien por brindarse una incorrecta u omitirse la relevante, puede entenderse que existe un error que vicia su voluntad. En otras palabras, es posible predicar la ineficacia de la vinculación al RAIS por un vicio en el consentimiento denominado error, que hace imposible que la selección del nuevo régimen sea soberana y potestativa.

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados; providencia que ha sido reiterada en SL2611 del 1 de julio de 2020.

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

Cabe recordar 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, pues ya los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, exigían de estas cumplir sus funciones con suma diligencia, con prudencia y pericia, dentro de las cuales se entienden: la transparencia, la vigilancia, y el deber de información. Ello, según ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas sino también a las responsabilidades que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación.

Al respecto la sentencia SL1452 de 2019 hace un recuento de las etapas de este deber de información, reiterando que surge con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y que sus decisiones previas identifican que inclusive en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, numeral 1° del artículo 97 impone a las entidades el deber de suministrar la información necesaria a los usuarios para las operaciones que realicen y que ello implica entender la transparencia como *“una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”*.

Prosigue la Corte identificando las normativas de diversa índole que se han proferido desde entonces para garantizar el cumplimiento de este deber a favor de los afiliados, imponiendo 3 puntos fundamentales:

(i) La constatación del deber de información es ineludible, pues si desde el principio las AFP tenían el deber de brindar información con el paso del tiempo este grado de exigencia se ha intensificado y los jueces tienen el deber *“de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información**”* dado que *“el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”*, de manera que *“si se arguye que*

a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo” el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

De ahí que, siendo los fondos privados quienes tienen a cargo la obligación de asesorar a los futuros afiliados en los términos indicados, y cuentan con los medios técnicos y con los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, son estos, los que en el proceso judicial deben acreditar que la información dada al cotizante satisface las exigencias legales, para establecer así la existencia o no de error en la voluntad del afiliado. Es decir, hay una inversión de la carga de la prueba, determinada por la mejor posición para probar de las AFP. Luego, estas entidades deben detallar plena y fehacientemente a quienes pretendan pertenecer al sistema de ahorro individual: (i) las diferencias en cada uno de los sistemas pensionales, (ii) las proyecciones de la mesada por vejez que podrían recibir tanto en el RAIS como en el RPM, y (iii) las implicaciones y la conveniencia de optar por uno u otro régimen pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”* y por lo tanto *“si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca”*, máxime cuando el deber de información *“es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR SA; pues argumenta la demandante que al suscribir el formulario con el cual se dio el traslado de régimen pensional, no recibió asesoría suficiente sobre los pormenores, beneficios, desventajas y proyecciones de pensiones en ambos regímenes, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

La demandante manifestó que nació el 06 de octubre de 1963. Que empezó a cotizar para los riesgos de invalidez, vejez y muerte el 20 de enero de 1981. Que a la fecha cuenta con más de 2.108 semanas efectivamente cotizadas. Que el 30 de mayo de 1996 fue trasladada del RPMPD al RAIS a través de PORVENIR, sin que en ningún momento le brindaran una asesoría pensional correcta, pues se omitió el deber del buen consejo y no se realizó una proyección pensional al momento del traslado que le permitiera tener pleno conocimiento de su decisión, por lo que le crearon una falsa expectativa sobre los beneficios otorgados por el fondo privado. Que el 10 de mayo del 2022 radicó ante PORVENIR solicitud de ineficacia del traslado, la cual fue resuelta negativamente y el 07 de junio del 2022 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, lo que obtuvo respuesta negativa.

De las pruebas documentales allegadas al proceso, entre las que se encuentran: historia laboral emitida por PORVENIR, historia laboral emitida por PORVENIR, historia laboral reportada en el sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda, relación de aportes en PORVENIR, relación histórica de movimientos en

PORVENIR, certificado de afiliación a PORVENIR y formulario de vinculación al fondo privado HORIZONTE, se puede evidenciar que la demandante cotizó inicialmente en pensiones a través del Hospital San José de Tibú desde el 20/01/1981 hasta el 31/01/1996, periodo del que no existe registro de su vinculación al ISS, no obstante, en el formulario por medio del cual solicita vincularse a la AFP HORIZONTE se registró que provenía de CAJANAL, por lo tanto se considera que estuvo inicialmente afiliada al RPMPD y que a partir del 01 de febrero de 1996 se trasladó al RAIS al empezar a cotizar a la AFP HORIZONTE, entidad ante la cual presentó solicitud de vinculación No. 635296 el 30 de mayo de 1996.

Lo primero a destacar, es que la administradora de fondos de pensiones HORIZONTE SA fue absorbida por la AFP PORVENIR S.A.¹, por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva en cuanto a esta última entidad, con la cual tiene afiliación activa la demandante.

Se resalta que el traslado de régimen pensional se dio a partir del 01 de febrero de 1.996, fecha desde la cual la AFP PORVENIR reconoce la efectividad de la afiliación de la demandante con esa entidad, aunque posteriormente suscribiera formulario de solicitud de afiliación a HORIZONTE, de fecha 30 de mayo de 1996. No obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido en ese momento; es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en la parte actora, es decir, la señora EMERITA NAVAS FERNANDEZ, no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario por medio del cual se trasladó de régimen pensional, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones la carga de demostrar al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Como se explicó, no obra prueba alguna que dé cuenta si HORIZONTE, hoy PORVENIR SA, brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para febrero de 1.996 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV) debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo anterior, en su momento HORIZONTE, hoy PORVENIR SA, no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, pero sobre el momento del traslado solo reposa en el plenario el formato de vinculación suscrito, que se corresponde con un modelo pre-impreso, del que no se infiere con certeza que fuera estudiada la situación pensional particular de la demandante y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a la señora EMERITA NAVAS FERNANDEZ, donde

¹ <https://www.semana.com/empresas/articulo/fusion-entre-porvenir-horizonte/190254/>

consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Respecto a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por sí sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento de la afiliada, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que la indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales de los recursos de apelación de las demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debían enfocarse en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que para este caso le correspondía a PORVENIR SA, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

Por otra parte, sobre la prescripción alegada por la parte demandada, se advierte que, al tratarse el presente asunto de una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental de la Seguridad Social, su exigibilidad puede darse en cualquier momento en aras de obtener su íntegro reconocimiento. Por lo tanto, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en los fondos privados por cambio de régimen pensional no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada.

Así lo ha expresado en diversos pronunciamientos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluye por ejemplo en providencia SL361 de 2019 que *“la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada”*; por lo que esta excepción no está llamada a prosperar.

Por otro lado, abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta de la demandante, se ha concluido que HORIZONTE, hoy PORVENIR SA, 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 parte actora en el año 1.996, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES, tal como fue señalado 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 lo siguiente: *«...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...»*.

Esto ha sido recientemente reiterado por la Sala de Casación Laboral en proveído SL2877 de 2020, donde se dijo:

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS **debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados***

para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que PORVENIR S.A. y PORVENIR S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar **los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.**”

Por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, se deben devolver completamente todas las prestaciones recibidas del afiliado, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de COLPENSIONES. Los cuáles están en custodia de la Administradora y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la AFP incumplió su deber de información, hecho que genera consecuencias y efectos jurídicos, que han sido objeto de pronunciamiento por la Sala de Casación Laboral en su Sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, que señaló:

“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 a 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).***

Con todo, se concluye sin mayor elucubración que, existe la obligatoriedad de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que, desde su creación, fue ineficaz, por lo cual, es claro para esta Sala de Decisión a partir de lo expuesto, que la ineficacia del traslado genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y estas deben ser cubiertas por el receptor de las mismas en el momento que duró cada afiliación.

Ahora bien, respecto de los argumentos sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento y debidamente indexados, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

*“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --**debidamente indexados**-- 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, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”*

De lo anterior se desprende, que por los efectos ex tunc de la declaratoria de ineficacia, PORVENIR está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven, incluyendo la depreciación que ha tenido la moneda en el transcurso tiempo.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que “a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad de la demandante pueda

entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Así mismo, conviene también precisar que, si bien es cierto, en su momento, la actora se encontraba en el RPM afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social, no resulta viable determinar que, con la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, sea nuevamente afiliada en dicha entidad.

Lo anterior, dado que según el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”* el Congreso de Colombia creó la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, como una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente; vinculada al Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto consiste en la administración estatal del RPM y a su vez, estableció que dicha entidad, asumiría los servicios de aseguramiento de pensiones de los afiliados al RPM, para lo cual determinó que el Gobierno en ejercicio de sus facultades constitucionales debería proceder a la liquidación de CAJANAL, CAPRECOM y el ISS en lo que a pensiones se refiere.

En esa línea, CAJANAL fue liquidada por parte del Gobierno Nacional, en virtud del Decreto 2196 de 2009 *“por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, se ordena su liquidación, se designa un liquidador y se dictan otras disposiciones”* el cual además, ordenó en el artículo 4, que el traslado de afiliados de la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, debería adelantarse a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS.

Más adelante, mediante a través del Decreto 2013 de 2012 *“Por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones”* se determinó la supresión del ISS, hecho que llevó a COLPENSIONES a fungir como administrador del RPM, entre tanto, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, que fue creada por el artículo 156 de la misma Ley 1151 de 2007, le fue delegado el reconocimiento de derechos pensionales, a cargo de administradoras del RPM respecto de las cuales se hubiese decretado o se decreta su liquidación, que ya se hubiesen causados hasta la cesación de actividades como administradores, según lo detalla el Decreto 169 de 2008 *“Por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, y se armoniza el procedimiento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social.”*

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio, además PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y ejercieron su actividad procesal contra las mismas, por lo que resultaron vencidas en este asunto y contra ellas procede plenamente la condena en costas efectuada en el fallo de primera instancia.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 04 de octubre de 2.023, modificando solamente el numeral primero de la parte resolutive, en cuanto a que se tiene como fecha efectiva del traslado el 01 de febrero del año 1.996, momento desde el cual se deben hacer las devoluciones en los términos ordenados. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, al no haber prosperado sus recursos de apelación. Fijense como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$250.000) a cargo de cada demandada y a favor de la demandante.

9. **DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA**

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

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia de fecha 04 de octubre de 2.023 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, modificando solamente el numeral primero de la parte resolutive, en cuanto a que se tiene como fecha efectiva del traslado el 01 de febrero del año 1.996, momento desde el cual se deben hacer las devoluciones en los términos ordenados. Lo anterior, de conformidad con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a COLPENSIONES y a PORVENIR; se fijan como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$250.000) a cargo de cada demandada y a favor de la demandante.

Tercero: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

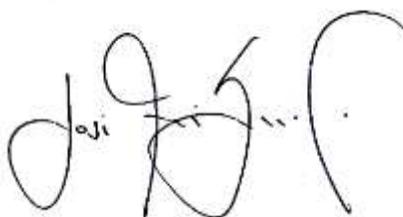
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belen Quintero G.

**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA**



**DAVID A. J. CORREA STEER
MAGISTRADO
ACLARO VOTO**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º54-001-31-05-004-
2022-00172-01**

PI 20806

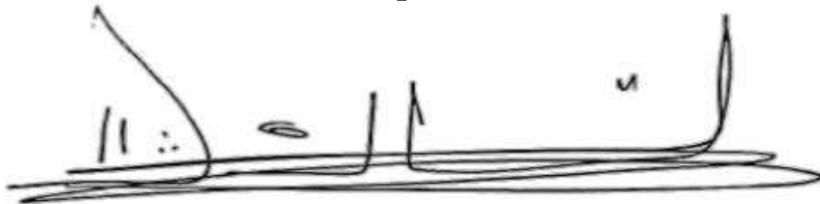
EMERITA NAVAS FERNÁNDEZ contra la
**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

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, en observancia de 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; CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; CSJ STL596-2023, 8 de mar. 2023, rad. 69708; CSJ STL7108-2023, 12 de jul. 2023, rad. 71052; y CSJ STL7244-2023, 2 de ago.2023, rad. 71284; 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