



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN
ÁREA LABORAL**

Pamplona, veintidós (22) de agosto dos mil veintitrés (2023)

Magistrado Ponente

JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Aprobado Por Acta No. 023

Radicado: 54-518-31-12-002 2022-00063-01
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: OLGA LUCIA PEÑALOZA CONTRERAS
**Demandado: PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES “COLPENSIONES”**
Clase: APELACIÓN DE SENTENCIA
Juzg. de origen: Segundo Civil- Laboral del Circuito de Pamplona

1. ASUNTO POR RESOLVER

El recurso de apelación interpuesto por las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (PORVENIR) y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES) contra la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2022 por el Juzgado Segundo Civil/Laboral del Circuito de este Distrito Judicial, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por OLGA LUCIA PEÑALOZA CONTRERAS contra tales entidades.

Es de advertir que la *a quo* concedió la alzada al tiempo que ordenó el grado jurisdiccional de consulta por ser la sentencia adversa a los intereses de COLPENSIONES, por lo que esta Sala abordará también en esa sede y de cara a esta entidad, todos los aspectos que no habiendo sido objeto de apelación resulten de su interés. Lo anterior, acatando lo establecido por la Corte Suprema de Justicia que en torno a asuntos de similar contorno ha establecido:

*“El artículo 69 del CPTSS, con la modificación introducida por el 14 de la Ley 1149 de 2007, opera para los eventos en que la sentencia de primera instancia: i) sea totalmente desfavorable al trabajador, afiliado, beneficiario o usuario del sistema de seguridad social integral, cuando no se hubiese presentado recurso de apelación y, ii) **para los casos en que resulten adversas total o parcialmente a la Nación, al departamento o al municipio o a entidades descentralizadas donde la Nación sea garante.***

*En desarrollo de lo anterior, la jurisprudencia ha decantado **que la consulta inserta en aquella norma, en lo que atañe con las entidades públicas referidas, cuando la decisión de primer grado les sea total o parcialmente desfavorable, procede de pleno derecho, así se haya presentado recurso de apelación y que, en virtud de ello, el Juez de segunda instancia adquiere competencia irrestricta para definir cualquier aspecto de la controversia sometida a juicio, puesto que no se encuentra limitado por los argumentos expuestos en la alzada.***

En efecto, en la sentencia SL15202-2015, la Sala asentó:

Pues bien, resulta que el artículo 69 del CPLSS, modificado por la Ley 1149 de 2007, reza: «Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de consulta».

Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario serán necesariamente consultadas con el respectivo tribunal sino fueren apeladas.

También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al departamento o al municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante. En este último caso se informará al ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior. (...).

Al respecto, en sentencia CSJ SL, 08 sep. 2005. Rad. 26614 esta Sala indicó:

El artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social establece un grado de jurisdicción de consulta en dos eventos así:

El primero, cuando la sentencia de primer grado fuere totalmente adversa a las pretensiones del trabajador y contra ella no se haya interpuesto recurso de apelación por la parte interesada.

El segundo, cuando la sentencia de primera instancia fuere adversa a la nación, el departamento o el municipio.

*En este último caso, que es el que aquí interesa, para que proceda dicho grado de jurisdicción solo es necesario que la sentencia sea desfavorable a una de las mencionadas entidades de derecho público, aun cuando contra la misma el apoderado que las represente interponga el recurso de apelación o que en igual forma proceda su contraparte. **Es decir, que apelada o no, la decisión de primer grado, en cuanto fuere adversa, debe consultarse necesariamente con el Tribunal, por lo cual, si no se agota la consulta, la sentencia no puede adquirir su debida ejecutoria.***

Ahora, la consulta supone la revisión del fallo, por parte del superior. En la hipótesis que se examina, cuando la decisión es totalmente adversa a la correspondiente entidad de derecho público, el ad quem resuelve sin limitación alguna. Cuando es parcialmente desfavorable, solo se ocupará de ello a menos que la parte contraria haya interpuesto apelación.

Pero, se repite, en ningún caso, la consulta puede pretermirse. En el asunto bajo examen, es claro que la sentencia de primer grado fue adversa al Departamento del Atlántico, por lo cual necesariamente debía consultarse con el Tribunal, quien podía decidir lo pertinente sin limitación alguna, como efectivamente lo hizo, aun cuando la demandante hubiere sido la única apelante. Y aun si ésta no hubiere apelado, la consulta igualmente tendría que haberse surtido a favor del ente público.

De todas maneras, la apelación de la actora no implica que desaparezca la consulta a favor del Departamento, pues es la Ley la que imperativamente la establece por la calidad de la parte y la primacía del interés público.

En consecuencia, en el sub lite, donde se le condena a la Nación al reconocimiento y pago de una pensión sanción, procedía el examen del tribunal «quien podía decidir lo pertinente sin limitación alguna»; así el recurso de apelación omitiera controvertir esta disposición de primera instancia¹.(negrilla y resaltado ajenos al texto original)

2. ANTECEDENTES RELEVANTES

De lo advertido en la demanda y sus anexos, y en lo que resulta de interés a la alzada, se resalta lo siguiente:

Por conducto de apoderado judicial, la señora OLGA LUCIA PEÑALOZA CONTRERAS promovió demanda ordinaria laboral² contra PORVENIR³ y COLPENSIONES⁴, para que se declarara la ineficacia de la afiliación realizada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), por cuanto afirma que en ningún momento le brindaron asesoría pensional ni mucho menos le dieron información sobre los beneficios y contras de permanecer en el mismo.

Pidió se condenara a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros obrantes en su cuenta individual y a ordenar a esta última a aceptarlos por concepto de aportes a pensión; asimismo, a recibirla sin solución de continuidad como afiliada al sistema de seguridad social en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM). Solicitó se falle *ultra y extra petita*, se condene al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos adujo que nació el 17 de enero de 1972, inició cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte (IVM) desde el 22 de abril de 1997, a la fecha de presentación de la demanda tenía 877 semanas efectivamente cotizadas y que el 9 de junio de 2004 se trasladó al Fondo de Pensiones HORIZONTE, hoy PORVENIR.

¹ SL2035-2020. Mayo 19. M.P. CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO. Radicado No. 78059.

² Archivo 03, fs. 8-105, del expediente electrónico primera instancia unificado. Coincide con el índice electrónico.

³ En adelante PORVENIR S.A.

⁴ En adelante COLPENSIONES

Sobre esta última acción, afirmó la actora que en PORVENIR: **i)** jamás le informaron sobre el año de gracia otorgado por la Ley 797 de 2003, para quienes quisieran trasladarse de régimen pensional; **ii)** omitieron el deber del “*buen consejo y de brindar*” una asesoría correcta por parte de los asesores de las AFPS, en la cual se tuviera en cuenta la historia laboral, perfil profesional y proyecto de vida que le permitiera tener pleno conocimiento de su decisión de traslado de régimen pensional, **iii)** no le informaron sobre la prohibición de traslado entre regímenes pensionales cuando le faltare menos de diez años para cumplir la edad de pensión en el RPM, omitiendo su deber como previsora del sistema de seguridad social.

Se adujo que “*Al momento del traslado a PORVENIR el 09 de JUNIO del 2004, La señora OLGA LUCIA PEÑALOSA CONTRERAS, venía cotizando AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA SEGURO SOCIAL hoy COLPENSIONES, lo que le permitiría a futuro cumplir con los requisitos establecidos en el (RPM) Administrado por COLPENSIONES, obteniendo mejores beneficios que al estar vinculado al RAIS*”; reforzó dicha manifestación en el hecho de que la actora tiene un promedio en los últimos 10 años de \$1.900.000 y que de conformidad con dicho monto, obtendría hoy una pensión en COLPENSIONES de \$1.500.000 aproximadamente, suma totalmente alejada a la proyectada por PORVENIR, ante quien a través del derecho de petición de fecha 31 de marzo de 2022 deprecó la ineficacia del traslado, la cual fue resuelta desfavorablemente el 26 de abril siguiente.

En el mismo sentido, informó que el 19 de abril de 2022 a través de la atención presencial solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen a ese fondo, obteniendo una respuesta negativa ese mismo día.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

El 27 de mayo de 2022⁵ la señora Juez Segunda Civil Laboral del Circuito de esta ciudad admitió la demanda, ordenando notificar y correr traslado a las demandadas.

La accionada COLPENSIONES dio respuesta oportuna al libelo⁶ manifestando oponerse a la prosperidad de todas las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y la solicitud de traslado a esa entidad y su respuesta negativa. Exigió prueba de lo demás.

⁵ Archivo 07, fs. 109-111, del expediente electrónico primera instancia unificado. Coincide con el índice electrónico

⁶ Archivo 12, fs. 125-179, ibídem.

Indicó que no existen fundamentos de hecho o de derecho suficientes que permitan declarar la ineficacia o nulidad del traslado pretendida por la demandante, y no basta la simple afirmación de “*no haber recibido una debida información*” al momento de realizarse ese traslado, pues la afiliación se efectuó en forma libre y voluntaria y es válida teniendo en cuenta que la demandante ya posee la condición de pensionado (sic), y por ello no puede prosperar la ineficacia de la afiliación toda vez que no se puede retrotraer el estado mismo de las cosas por haber un hecho consumado.

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

Por su parte, PORVENIR compareció al proceso⁷ manifestando su oposición a las pretensiones de la demanda. Señaló que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o la nulidad del traslado, el cual se realizó de manera libre, espontánea y sin presiones como se comprueba en el respectivo formulario, el cual cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria; que la demandante contó con varias posibilidades legales para regresar al RPM, de las cuales es forzoso entender que tenía conocimiento por estar establecidas en disposiciones legales de público conocimiento y, alegar lo contrario equivaldría a aceptar que en este caso se justifica y excusa la ignorancia de la ley.

Destacó que para la fecha en la que se produjo la afiliación de la demandante al fondo de pensiones administrado por su representada, no existía la obligación de entregar cálculos o proyecciones acerca de su futuro pensional.

Refirió que las acciones para reclamar la nulidad o ineficacia se encuentran prescritas debido a que no se está en presencia de un derecho pensional, ya que según su modo de ver “*una cosa es la consolidación o causación del derecho prestacional como derecho subjetivo especialísimo, y otra, distinta, la nulidad o*

⁷ Archivo 15, fs. 507-617, ibídem.

ineficacia del acto que define bajo cuál régimen ese derecho se ejercerá, lo que en modo alguno impide que efectivamente se cause”.

Según su sentir, en el hipotético caso de que se declare la nulidad o la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, no resulta viable que se ordene a la administradora demandada la devolución de los gastos destinados a la administración y de las sumas que ha pagado por concepto de primas de los seguros previsionales que ha estado obligada a contratar, pues dichas sumas tienen por mandato legal una destinación específica que, en este caso, cumplió plenamente su cometido en el periodo en el cual el demandante ha mantenido su vinculación con el RAIS, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada.

Ante la ausencia de pruebas solicitó ser absuelta de todo cargo. Propuso como excepciones: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

4. LA DECISIÓN APELADA

Agotada la etapa probatoria y oídos los alegatos de conclusión, el 9 de diciembre de 2022 se profirió sentencia⁸ en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por COLPENSIONES, denominadas: buena fe; inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir; cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación; legalidad de los actos administrativos; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; inoponibilidad por ser tercero de buena fe; responsabilidad Sui Generis de las entidades de la Seguridad Social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; imposibilidad de condena en costas; prescripción; imposibilidad de volver al estado mismo de las cosas y hecho consumado; y la innominada o genérica; conforme a lo expresado en las consideraciones.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por PORVENIR S.A. denominadas: prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; y buena fe, conforme a lo explicado en la parte motiva.

TERCERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la Señora OLGA LUCIA PEÑALOZA CONTRERAS, identificada con cédula de ciudadanía número 27.793.955 de Pamplonita, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS administrado por PORVENIR S.A.; y en consecuencia, se declara que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de

⁸ Archivo 45, f. Id. Acta milita en archivo 46.

Prima Media con Prestación Definida; conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a devolver y/o trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, el capital acumulado y/o los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la Señora OLGA LUCIA PEÑALOZA CONTRERAS, esto es, lo atinente a la totalidad de las cotizaciones y/o aportes para pensión recibidos por la demandante; así como también los correspondientes rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales; bonos pensionales a que hubiere lugar, y/o cualquier otro concepto descontado y/o consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, debidamente indexados; con cargo a sus propias utilidades y/o recursos; según lo explicado en la parte considerativa. Al momento de cumplirse ésta 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. La anterior devolución y/o traslado de aportes de la accionante, se deberá realizar por parte de PORVENIR S.A. dentro de los VEINTE (20) días siguientes a la ejecutoria de ésta sentencia.

QUINTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES que valide la afiliación de la demandante OLGA LUCIA PEÑALOZA CONTRERAS, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por PORVENIR S.A. para financiar las prestaciones económicas a las que tenga derecho ésta, en el régimen de prima media con prestación definida. Para el efecto anterior, COLPENSIONES tendrá el término de veinte (20) días, contados a partir del día siguiente al que reciba por parte de PORVENIR S.A. la devolución y/o traslado de lo ordenado en el numeral 4º de la resolutive de ésta sentencia.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES; se incluirán como agencias en derecho a favor de la demandante, y en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el valor equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, que ascienden a la suma de tres millones de pesos (\$3.000.000.00), que deberán ser cancelados a prorrata; liquídense en su oportunidad conforme a lo normado en el artículo 365 del C.G.P., aplicado por analogía del artículo 145 del C.P.L. y S.S.; y el acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, artículo 5, No. 1 Procesos Declarativos en General – en primera instancia – literal b. por la naturaleza del asunto.

SÉPTIMO: ORDENAR la consulta de la presente sentencia de conformidad con lo normado en el artículo 69 del C.P.L. y S.S., teniendo en cuenta que una de la parte demandada se encuentra integrada por COLPENSIONES; para ante la sala única de decisión del Honorable Tribunal Superior de Pamplona, en su oportunidad legal envíese el expediente.

OCTAVO: ARCHIVAR el presente proceso, en su oportunidad legal. Déjense las constancias de rigor”.

Para llegar a tal determinación la juez de instancia estimó (soportada en las normas y precedentes de la jurisprudencia que expuso en detalle) que sí se presentó un vicio en el consentimiento de la afiliada, traducido en un engaño por la falta de libertad de información cuando menos necesaria y transparente, en un asunto neurálgico y de tal trascendencia para una persona como es el cambio de régimen pensional que la indujo en error, por cuanto PORVENIR no acreditó que el supuesto asesor del

momento, en el año 2004, hubiese expuesto los beneficios y/o dificultades que en su caso particular le implicaría estar en cada uno de los regímenes pensionales a la accionante.

Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y las condenó en costas.

5. DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión, las demandadas a través de sus procuradores judiciales interpusieron dicho recurso, con base en los argumentos que seguidamente se sintetizan.

5.1 COLPENSIONES.

1.- Se evidencia que sí hubo asesoría y se aportó una “*debida, comprensible y suficiente*” información al momento de llevarse a cabo la afiliación y que la demandante tenía conocimiento de las condiciones en que se encontraba afiliada.

2.- La ineficacia pretendida obedece a situaciones que no tienen nada que ver con la falta de información o la insuficiencia de la misma, pues el traslado se direcciona a recibir un mejor monto pensional en COLPENSIONES que en el fondo privado.

3.- No es posible aceptar el traslado de la demandante teniendo en cuenta que se encuentra a menos de los 10 años para cumplir la edad legalmente exigida, como presupuesto del derecho a la pensión de vejez.

4.- La entidad siempre ha obrado “*de buena fe*” y no tuvo ninguna intervención al momento de brindar información a la demandante, como ella misma lo expresó en su interrogatorio de parte.

5.- La condena en costas es excesiva e innecesaria, pues COLPENSIONES se encontraba sujeta a lo que normativamente está instituido.

5.2 PORVENIR S.A.-

1.- La entidad cumplió con las obligaciones y bajo los parámetros establecidos al momento de la afiliación y se está solicitando la observancia de formalidades que no existían en aquel momento, exigencias que se han consolidado legal y jurisprudencialmente pero que no tienen naturaleza retroactiva.

2.- No se acreditan causales de nulidad de los actos jurídicos que suponen los artículos 1501 y 1502 del Código Civil, pues la pretensión de traslado se fundamenta en la diferencia de mesadas que podría recibir en uno u otro régimen, es decir, en razones de carácter económico frente a la expectativa de una prestación pensional.

3.- La demandante no tomó la opción de trasladarse o de retornar al régimen de prima media decidiendo hacerse beneficiaria al régimen de ahorro individual, al suscribir el formulario de afiliación.

4.- La demandante faltó a su deber de auto informarse y quedó evidenciada la falta de diligencia frente a los derechos y obligaciones derivados de los documentos jurídicos que ella suscribió.

5.- Respecto de la condena a restituir debidamente indexados los gastos de administración, aportes, primas, el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como los rendimientos, afirmó que *“durante el periodo de la afiliación PORVENIR cumplió con la finalidad de proporcionar la Señora OLGA el aseguramiento de los riesgos propios del sistema. Es decir, que esos se invirtieron conforme la estructura del régimen de ahorro individual, de acuerdo a las disposiciones legales. Así las cosas, ya no se encuentran en poder de mi representada, ya que fueron debidamente invertidas y destinadas a cubrir todos los gastos que implicaba la correcta administración de los recursos aportados en la cuenta individual de la demandante, junto con el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento de rentabilidad de los recursos”*. Aunado a lo anterior, la indexación implicaría un doble cobro *“porque suponen un único concepto por el cual se estaría pagando doble”*.

6. ALEGACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA

Los apoderados de las demandadas reiteraron los argumentos expresados en la alzada, así:

6.1. COLPENSIONES⁹

1.- Adujo que en el caso concreto no es procedente el traslado de régimen pensional pretendido, pues a su juicio no existe si siquiera un vínculo de la demandante con el ISS hoy COLPENSIONES en ningún periodo de tiempo, ni desde que inició sus aportes o cotizaciones a la seguridad Social tal y como lo menciona en los hechos

⁹ Folios 41-44, documento 28 expediente electrónico de segunda instancia según su índice electrónico.

de la demanda; lo anterior en virtud a lo que arroja la historia laboral y el aplicativo de afiliaciones de la demandante.

2.- Se opuso a la condena en costas procesales y agencias en derecho, por cuanto *“mi representada no está obligada al pago de la pensión de vejez que se reclama, toda vez que existe carencia del derecho que reclama por no acreditar los requisitos en esta norma, puesto que la demandante se encuentra afiliado (sic) válidamente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de modo que, a Colpensiones no le es dable proceder a dar estudio a una prestación pensional, como quiera que no se evidencia traslado efectivo a esta Entidad y por ende, todas y cada una de la súplicas están llamadas a no prosperar y no puede hacerse derechosa (sic) de tal prestación”*.

6.2. PORVENIR¹⁰

1.- PORVENIR cumplió con el deber de información, pues al brindar información relacionada con las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes (R.A.I.S. y R.P.M.), satisfizo la carga que le correspondía de acuerdo con la normatividad vigente en el año 2004, permitiéndole a la actora tomar una decisión libre, informada y sin presiones, pues para dicha data la información se entregó de forma verbal y para ese entonces *“no existía obligación alguna de dejar documentada la asesoría que se brindaba a la potencial afiliada, pues el único documento que se exigía para efectuar la vinculación era el formulario de afiliación”*.

2.- Reclamó que la a quo no le dio el adecuado valor probatorio al formulario de afiliación *“pues resulta ser la única prueba que tiene la virtualidad de demostrar dos aspectos fundamentales: el primero, que mi representada brindó la información que le era exigible en la época en que la actora se vinculó; el segundo, que con su firma puesta en aquel, la actora sentó su decisión voluntaria de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y a la A.F.P. Porvenir, dotando de vida jurídica el acto de afiliación, tal y como lo establece el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por cuanto el mismo, además, se ajustó a los requisitos establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994”*.

3.- Resaltó que la demandante nunca demostró ser incapaz al momento de la suscripción del formulario de afiliación, ni que hubiera subsistido alguno de los llamados vicios en el consentimiento que invalidaran su determinación de vincularse

¹⁰ Folios 45-105, documento 29 del expediente electrónico de segunda instancia conforme su índice electrónico.

a PORVENIR, de manera que el acto de afiliación surtió plenos efectos lo que le permitió a la demandante permanecer válidamente afiliada por aproximadamente 20 años a esa AFP y efectuar aportes a su cuenta de ahorro individual normalmente.

4.- Destacó que el tiempo transcurrido desde que se efectuó la afiliación de la actora a PORVENIR hasta la fecha de presentación de la demanda, es un factor muy relevante que el juez de primera instancia no debió dejar de apreciar, *“ya que las declaraciones hechas por la demandante en el escrito de demanda respecto de la información que recuerda le fue brindada, deben ser evaluadas teniendo en cuenta que pasados aproximadamente 20 años, es natural no recordar la totalidad de la información entregada por los asesores comerciales de mi representada o caer en imprecisiones o malas interpretaciones, más aún cuando la información que se da comporta tecnicismos propios del sistema general de pensiones colombiano, y específicamente, del R.A.I.S”*.

5.- Adujo que el deber de información de parte de las administradoras, no exonera a la afiliada del deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional, como tampoco la sustrae de la aplicación de la ley que es de público conocimiento, de manera que su ignorancia no puede invocarse como excusa para viciar su consentimiento.

6.- La inconformidad de la demandante no recae en la falta al deber de información, sino en razones de carácter económico frente a su expectativa sobre el monto de la prestación pensional, de manera que no se logró acreditar que existiera una acción u omisión de PORVENIR en virtud de la cual se debiera declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

7.- Reiteró la improcedencia del traslado de aportes y rendimientos de la cuenta individual de la actora, pues según su modo de ver, la consecuencia de declarar la ineficacia sobre un acto jurídico es entender que el mismo nunca nació a la vida jurídica y de acuerdo con ello, si la demandante hubiera permanecido afiliada al R.P.M., su capital estaría depositado en un fondo común sin que se hubieren generado ningún tipo de rendimientos financieros, ya que no hubiera contado con una cuenta de ahorro individual ni mucho menos con la administración eficiente de sus recursos efectuada por *“mi representada”*. Por lo cual, de regresar al estado de cosas en el que se encontraba la actora antes de realizar su afiliación al R.A.I.S., *“no habría lugar a retornar rendimientos que, siendo jurídicamente técnicos, nunca hubieran existido”*.

8- Frente a la orden de devolver los dineros correspondientes a los gastos de administración en relación con los periodos en los que administró los recursos de la demandante, la apelante la considera improcedente, de una parte porque la afiliación fue válida y de otra *“porque no es una consecuencia lógica que pueda desprenderse de la correcta aplicación del art 1746 y 1747 del Código Civil, norma de carácter legal que regula los efectos de la declaratoria de nulidad. Así pues, no tiene ningún sentido, y no s(sic) corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas en caso de nulidad de un acto jurídico, que la persona a la cual se le ordena restituir o devolver un bien, en este caso unas sumas depositadas en una cuenta, igualmente deba devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien y para incrementarlo, en cumplimiento de mandatos legales que estaba obligada a acatar”*.

9. Estimó igualmente que no podría haber lugar a devolver los gastos de administración por cuanto dichos rubros cumplen una destinación específica fijada por mandato legal, la cual corresponde a la contraprestación a la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual de la demandante, para que se pueda generar la rentabilidad y seguridad de sus recursos. Entonces, resulta material y jurídicamente imposible retornar sumas que ya fueron utilizadas para cumplir su objetivo y que en consecuencia ya se agotaron y/o extinguieron.

10.- Frente a la obligación de restituir las sumas que pagó por concepto de primas de los seguros previsionales, se mostró inconforme por cuanto la demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliada a PORVENIR y en general en el R.A.I.S., estuvo y ha estado amparada en los riegos de invalidez y muerte a través de los seguros contratados, primas que fueron pagadas a terceros y causadas y que por tanto no se encuentran en poder de la demandada para ser devueltas.

11.- En ese orden de ideas, PORVENIR no incurrió en ningún tipo de falta de derecho, por tanto no tendría por qué ver afectado su patrimonio propio y verse obligada a devolver dichos conceptos si en ningún momento obró de mala fe o en desconocimiento de la normatividad vigente.

12.- Insistió en que la juez de primera instancia consideró que no era aplicable la figura de la prescripción por tratarse de un tema relacionado con la seguridad social. Sin embargo, lo que está en discusión es la afiliación al régimen de pensiones, la que sí es susceptible del fenómeno prescriptivo más no el derecho pensional, por lo que la pretensión de nulidad se encontraría actualmente prescrita en atención a lo

señalado en el artículo 1750 del Código Civil y los artículos 151 CPT y SS al igual que el artículo 488 CST.

6.3 PARTE DEMANDANTE

Guardó silencio.

7. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia de la Sala. -

Conforme al artículo 15 numeral 1º, literal B y párrafo del Código Procesal del Trabajo, resuelve esta instancia el asunto planteado por los recurrentes dentro del marco delimitado por el objeto de la impugnación¹¹; además en lo relacionado con COLPENSIONES, al tenor del artículo 69 CPTSS, como se precisó al inicio del presente fallo y se reitera seguidamente, se desatará el grado jurisdiccional de consulta.

7.2. Caso concreto. -

1.- Trata el caso actual sobre la anulabilidad del traslado entre regímenes pensionales (simultáneos pero excluyentes), que en su momento se realizó desde el de prima media (en este caso concretado en COLPENSIONES) al de ahorro individual con solidaridad (administrado para el caso por PORVENIR S.A).

Ello se solicita judicialmente debido a que, tal cual lo manifestó PORVENIR S.A. en respuesta a derecho de petición, la accionante, *“En la actualidad cuenta con 50 años, lo que imposibilita su traslado de régimen por encontrarse a menos de diez años para recibir el beneficio pensional que le corresponda. Actualmente, la afiliación se encuentra válidamente activa con nuestra Administradora. Finalmente, tal como indicamos, no es procedente realizar la desvinculación en este régimen, teniendo en cuenta que esta Administradora dio cumplimiento a cada uno de los de*

¹¹ Competencia que está condicionada por el principio de congruencia. Sentencia C-968 de 2003, Corte Constitucional, y, rad. 43442, marzo 13/12. M. P. FRANCISCO JAVIER RICAURTE GOMEZ, Sala Laboral, Corte Suprema de Justicia. Precedentes que entre muchos otros refieren a dicho principio en materia laboral y según el cual la competencia de la segunda instancia se limita por los temas que fueron materia de reproche por el recurrente, con las excepciones que en el primero de los fallos precitados se precisan. En SL1518-2023, rad. 92929, junio 27, M. P. OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN, al respecto se precisó: *“(…) Se afirma lo anterior, toda vez que de conformidad con el principio de consonancia establecido en el artículo 66 A del CPTSS, en armonía con lo dispuesto por el inciso primero del artículo 320 del CGP, el pronunciamiento del Tribunal debe recaer sobre los específicos puntos sometidos a su consideración (...)”*.

los presupuestos legales”¹²; lo anterior, con base en lo consignado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que señala que “Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”¹³.

2.- Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en materia pensional, uno de los más vitales propósitos fue el de canalizar la multiplicidad de regímenes dispersos, fue así que creó solo dos de carácter excluyente, el RPM y el RAIS; mientras el primero se acoge al modelo en el cual se garantiza el pago de la pensión preestablecida siempre que se cumpla con la densidad de cotizaciones y la edad, constituyendo tales aportes un fondo común de naturaleza pública, en el segundo se privilegia el aporte de cada afiliado y sus rendimientos financieros, los cuales se abonan a cuentas individuales y la edad para hacerse acreedor de la pensión está sujeta a que exista un acumulado que permita obtener una mesada superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente¹⁴.

Para efectos de optar por alguno de ellos, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispuso la obligatoriedad de que tal manifestación fuera libre y voluntaria, y contempló como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 smlmv, además de que *“la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”*; y el literal e) ibídem, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 estableció que *“Una vez efectuada la selección inicial (...) sólo podrá trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial”*, y que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, *“el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”*, aparte este declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1024 de 2004, *“exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido de que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste –en cualquier tiempo--, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”*.

¹² Archivo 03 – demanda y anexos, fs. 8-105 – del expediente digital de primera instancia (folios 43-48 contentivos de esa respuesta).

¹³ Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

¹⁴ CSJ, SL12136 del 03 de septiembre de 2014, M.P. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, Rad. 46292.

Es así, de relevancia constitucional¹⁵ y legal¹⁶, que las personas al momento de escoger el régimen pensional estén debidamente asesoradas, con el fin último de que tal escogencia sea libre, consciente y voluntaria so pena de que la autoridad competente se haga acreedora a las sanciones establecidas. Responsabilidad que compete a las AFP *“dada su doble calidad, esto es, de sociedad de servicios financieros y de entidad de la seguridad social, pues de su ejercicio dependen claros intereses sociales como la protección a la vejez, invalidez y muerte; y que su omisión conlleva la ineficacia del traslado”*¹⁷.

En doctrina consolidada, la Sala Laboral del máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria señaló el deber que tienen los administradores de pensiones de informar con transparencia y buena fe a sus afiliados (o aspirantes a serlo):

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como

¹⁵ Artículos 48 de la Carta Política *“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley...”* y 53 *“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; **garantía a la seguridad social**, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...) El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...”*.

¹⁶ Ley 100 de 1993.

¹⁷ CSJ SL221 del 14 de febrero de 2013.

*en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.***

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña¹⁸. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Nótese cómo para el caso la carga de la prueba fue trasladada de la demandante a la administradora pensional, criterio reiterativamente expresado por la alta Corte, quien ha manifestado que las Administradoras de Fondos de Pensiones “*deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos **opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.** Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto*¹⁹. (Negrilla fuera de texto).

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral Sentencia Radicado 31989 de 9 de septiembre de 2008.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL1452 de 2019. Regla jurisprudencial identificable no sólo en la sentencia CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, sino además en la CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018.

3.- En un enfoque que desborda la normatividad de seguridad social, además la Corte Suprema de Justicia fundamentó el mismo deber de información transparente desde el Decreto 663 de 1993 (*“Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”*), capítulo 13 (*“del régimen de la información financiera y comercial”*), y el artículo 97 (*“información”*), numeral 1:

*“1. Información a los usuarios. Modificado por el art. 23, Ley 795 de 2003 . Las entidades vigiladas **deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia** en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.*

En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que estas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios”. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

El Texto original de la norma, modificado por la Ley 795 de enero 14 de 2003, también establecía una obligación de suministrar información *“necesaria”* para lograr *“mayor transparencia”*:

*“1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la **información necesaria para lograr la mayor transparencia** en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.* (negrilla fuera de texto)

Cabe concluir entonces que contrario a lo afirmado por PORVENIR S.A., desde su origen las AFP tenían la obligación de transparencia e información necesaria:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, **desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional**. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, 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**”²⁰. (Resaltos ajenos al texto original).*

El mentado criterio de *“información necesaria”*, fue referenciado así por nuestra Corte Suprema de Justicia:

*“En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que **la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993**, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo*

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL 1452 de 2019.

*que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado*²¹. (Resalta esta Sala)

Con respecto al de transparencia, manifestó la alta Corporación que:

*“dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019)*²².

De los anteriores extractos se deduce sin dubitación que la obligación de brindar información necesaria y transparente, atribuible a las entidades financieras (y la demandada PORVENIR S.A. lo es), para con sus usuarios se concreta poniéndole de presente al afiliado una comparación (“parangón” lo llama la Corte), suficiente para que el afiliado contraste, pondere y sopesa sus diferencias, para con base en esa ilustración comprenda y asuma con conocimiento de causa sus “consecuencias y riesgos”. En ese derrotero, la información referente a un solo régimen no es suficiente para suplir las cargas antedichas²³.

4.- Por lo tanto, la tarea de la Corporación es establecer si fue demostrado que con antelación a la realización del traslado de la demandante del RPM al RAIS, la administradora PORVENIR cumplió con la carga de transparencia e información suficiente, por medio de la cual aquélla pudo comprender cabalmente el espectro de consecuencias de su decisión, o tal cual lo dijo la Corte, si consta habersele puesto de presente una comparativa que conjuntivamente expusiese las ventajas y desventajas de hacerlo.

5.- Se tiene por probado que la demandante OLGA LUCÍA PEÑALOZA CONTRERAS, nació el 17 de enero de 1972²⁴ (es decir, que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 50 años), que cotizó a entidades públicas entre el 22 de abril de

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL 373 de 2021.

²² *Ibíd.*

²³ *“Como se puede advertir, ninguno de esos documentos contiene datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones. Toda la información que se le brindó gravitó sobre el propio régimen privado, situación que claramente produce un sesgo en el afiliado por ignorancia o desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema pensional alterno”.* *Ibíd.*

²⁴ Archivo 03 -DemandayAnexos- del expediente electrónico de primera instancia, fs. ya citados. (Folio 11 contentivo de la copia de su cédula de ciudadanía).

1997 al 30 de junio de 1999²⁵, que al momento de presentación de la demanda había acreditado la cotización de 770 semanas (estando pendiente 107,5 por confirmar, cotizadas en entidades públicas)²⁶, y que suscribió dos formularios de vinculación a PORVENIR S.A.: el primero de fecha 9 de junio de 2004 (que aparece con una nota de anulado)²⁷ y otro, con fecha 01 de julio de 2004²⁸.

Por ello, desde ya debe dejarse de lado el argumento esbozado por COLPENSIONES (en el traslado de segunda instancia), según el cual no está probado el vínculo de la demandante con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, pues el documento aportado por esa entidad da cuenta justamente que OLGA LUCÍA PEÑALOZA CONTRERAS estuvo afiliada al RPM con prestación definida afiliada por COLPENSIONES y su estado es “*TRASLADADO A OTRO FONDO*”, a partir del 2 de julio de 2004²⁹.

Hecha la anterior precisión, como primera medida debe considerarse que como lo sostiene la jurisprudencia³⁰, el formato de solicitud de vinculación o traslado no es suficiente para acreditar el consentimiento informado; de igual manera, los comunicados de prensa incorporados por PORVENIR (a través de los cuales acreditó la implementación de una campaña masiva referida al cambio de régimen pensional³¹), no están en capacidad de demostrar haber sido vehículos efectivos de ilustración a la demandante, en tanto y cuanto abordaron un aspecto puntual, cual fue que la Ley

²⁵ Folio 53 *ibidem* (que hace parte de los mismos anexos precisados en precedencia), donde se especifican los siguientes periodos: del 22 de abril de 1997 al 30 de ese mismo mes y año; del 1 de mayo de 1997 al 31 de diciembre de 1997; del 01 de enero de 1998 al 30 de junio de 1998; del 16 de agosto de 1998 al 31 de ese mismo mes y año; del 01 de septiembre de 1998 al 31 de diciembre de 1998, del 1 de enero de 1999 al 31 de enero de esa misma anualidad, del 01 de febrero de 1999 hasta el 30 de junio de 1999.

²⁶ Folio 51 *ib.*

²⁷ Folio 50 *ib.*

²⁸ Folio 49 *ib.* Además, ello fue objeto de análisis por la juez de primera instancia en el fallo confutado, en la siguiente forma: Récord a partir de 00:35:1402 del Video 45AudienciaArt.80CPLParte2 del expediente electrónico de primera instancia. “*Al respecto tenemos que la accionante manifestó, que inició cotizaciones para pensión en el extinto Instituto de Seguros Sociales -ISS- hoy COLPENSIONES el 22 de abril de 1997. Además, según la historia laboral consolidada por PORVENIR de fecha de generación 17 de junio de 2022, visible a folios 589, cuenta con un total de 778 semanas cotizadas en toda su historia en laboral confirmada, 3.1 semanas cotizadas en entidades públicas, 107.5 semanas pendientes por confirmar, 775.4 semanas cotizadas en PORVENIR y según el reporte de semanas cotizadas en pensiones aportado por COLPENSIONES, folios 182 a 184, aparece afiliada al régimen de prima media desde abril de 1997 hasta el 30 de junio de 1999 para un total 104.71 semanas cotizadas en el régimen de prima media. Que fue trasladada a PORVENIR S.A. a partir del 2 de julio del 2004, folio 588 del expediente (...)*”

²⁹ Archivo 13 del expediente electrónico de primera instancia, fs. 180-505 según su índice electrónico. (Folio 8 contentivo de esa certificación).

³⁰ “*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado*”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL 1452 de 2019.

³¹ Archivo 39, fs. 759-947 -RequerimientoPorvenir- del expediente electrónico de primera instancia según su índice electrónico (Folios 7 al 9 contentivos de dicho requerimiento.)

797 de 2003 autorizaba por una única vez a trasladarse entre los regímenes del Sistema General de Pensiones a quienes el 28 de enero de 2004 les faltasen 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, publicaciones que a lo sumo habrían indicado la posibilidad de reubicarse pero que no consignaron información alguna sobre las ventajas o desventajas de hacerlo, que es el hecho que según la jurisprudencia aquí debe evaluarse.

6.- Si bien la demandada PORVENIR afirmó que la asesoría de traslado fue verbal, la demandante claramente refirió que cuando firmó el formulario ni siquiera estaba presente ningún asesor de la entidad, pues solo estaba en compañía de la Jefe de la IPS que la contrató³².

Rememorando que para el caso, según la consolidada línea jurisprudencial referida, la carga de la prueba correspondía a las demandadas, quienes en su ejercicio probatorio no acreditaron el aspecto crucial señalado por la Corte Suprema de Justicia, cuál era la cabal realización de una contrastada exposición entre los dos regímenes, y que en el interrogatorio de la demandante no se propició confesión en el mismo sentido, y por el contrario, ésta negó haber sido asesorada, en la medida en que según su dicho, firmó el formulario de traslado sin la presencia de algún asesor de la AFP (pues solo estaba en compañía de la jefe que la contrató) y tal afirmación no fue desvirtuada por la demandada. En esa medida es claro para esta colegiatura que no se demostró que OLGA LUCÍA PEÑALOZA CONTRERAS hubiese sido tributaria de la información necesaria para tomar una decisión informada y proporcional a las trascendentales consecuencias que asumía, y las ganancias y pérdidas que podía afrontar, a pesar de que, como lo exige la jurisprudencia nacional, *“resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna*

³² Récord a partir de 0:31:02 del Video 44AudienciaArt.801CPLParte1 del expediente electrónico de primera instancia. Al ser interrogada por la juez de instancia sobre dicho aspecto señaló: *“JUEZ: ¿Quién estaba en ese momento cuando usted firmó ese formulario de afiliación a PORVENIR?, ¿algún asesor de PORVENIR o algo que le explicara que usted se iba a afiliarse en pensiones a dicha entidad? CONTESTÓ: Solo la jefe que me contrató. JUEZ ¿Solo la jefe de la IPS? CONTESTÓ: Sí señora. JUEZ ¿No había ningún asesor de PORVENIR en ese momento? CONTESTÓ: no, señora. JUEZ ¿Usted sabía que era lo que estaba firmando? CONTESTÓ: Un contrato por dos meses en Ragonvalia, eso fue en Cúcuta. Iba a trabajar en Ragonvalia de auxiliar de enfermería. JUEZ ¿Pero en ese momento usted entendió que se estaba afiliando en pensiones a PORVENIR? CONTESTÓ: Doctora yo solo firmé, yo en ese entonces no sabía ni que era PORVENIR, ni que era COLPENSIONES. Yo estaba feliz porque iba a trabajar. JUEZ: Ese formulario ¿Usted lo diligenció?, subimos un poco el formulario. ¿Usted diligenció ese formulario? CONTESTÓ: No, señora, yo solo firmé. JUEZ: ¿Sabe quién lo diligenció? CONTESTÓ: No, señora. JUEZ: Y luego, cuando usted sale de esa IPS y empieza a trabajar en otros sitios, frente a esa afiliación a pensiones ¿usted que entendía o que hizo? CONTESTÓ: Después seguí trabajando por contratos y eran cortos o por OPS y automáticamente creo que seguía en PORVENIR”.*

*información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras*³³.

En este punto de la discusión es importante precisar que si bien tanto COLPENSIONES como PORVENIR S.A. adujeron en sus recursos verticales que la razón que motivaba la inconformidad de la demandante no recaía en la falta al deber de información sino en razones de carácter económico frente a su expectativa sobre el monto de la prestación pensional, lo que quedó demostrado en el plenario, se insiste, es que el ejercicio probatorio no demostró la existencia de un conocimiento satisfactorio y suficiente de la demandante para tomar una decisión informada. Merced a ello, es inevitable confirmar la decisión de la *A quo* que declaró la ineficacia de traslado de régimen pensional.

7.- Sobre la devolución de los gastos de administración, alegada por la apoderada de PORVENIR, ha precisado la Corte Suprema de Justicia:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

*Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada*³⁴. (Negrillas ajenas al texto original).

Sólido criterio jurisprudencial que ha sido objeto de reiterados pronunciamientos:

“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,

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL 1689 de 2019.

³⁴ Sentencia, Radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008.

CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)³⁵. (Negrillas ajenas al texto original).

8.- Respecto a la inconformidad sobre la orden de indexación de dichas sumas, pues a juicio de la apoderada de PORVENIR S.A. ello corresponde a un doble cobro “*porque suponen un único concepto por el cual se estaría pagando doble*”, debe recordarse que la jurisprudencia patria laboral de forma uniforme ha determinado que la devolución de las sumas analizada en el numeral inmediatamente anterior, debe hacerse debidamente actualizada³⁶, por lo que se encuentra ajustada la decisión de la juez *A Quo*.

9.- En relación con el argumento esbozado por COLPENSIONES sobre la imposibilidad de aceptar el traslado de la demandante por encontrarse a menos de los 10 años para cumplir la edad legalmente exigida (al amparo de lo establecido en el

³⁵ Citada en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4360 -2019, citada en SL 638 de 2020.

³⁶ Orden que se encuentra de conformidad con lo expuesto en las sentencias CSJ SL2177-2022, SL2272-2022, CSJ SL1637-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5595-2021, entre otras, en las que se ha establecido: “*Lo expuesto, se traduce en que Protección S. A. debe remitir al RPMPD lo depositado en la cuenta de ahorro individual de la solicitante, a saber, aportes y bonos pensionales si a estos hubiese lugar, junto con sus rendimientos financieros y, con cargo a sus propios recursos: i) las comisiones y gastos de administración, ii) los valores utilizados en seguros previsionales y, iii) los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados**, durante todo el tiempo que la actora permaneció en el RAIS. Tal pronunciamiento, se agrega, se encuentra de conformidad con lo expuesto en las sentencias CSJ SL2177-2022, SL2272-2022, CSJ SL1637-2022 y, CSJ SL2369-2022, en las que se precisó, sobre la devolución de los gastos de administración, que: [...] 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» (CSJ SL5595-2021). 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 SL2877-2020, CSJ SL5595-2021). (Resaltos ajenos al texto original).*

Para efectos de la actualización monetaria se tendrá en cuenta la siguiente formula

*VA= Vh * IPC Final
IPC inicial*

De donde:

VA = corresponde al valor de la suma a actualizar.

VH = Valor histórico a indexar

IPC Inicial= IPC mes en que se efectuaron las apropiaciones

IPC Final= IPC mes en que se realiza el pago a Colpensiones” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4238-2022.

Artículo 2 de la Ley 797 del 2003, el cual modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993), es preciso señalar que la jurisprudencia patria ha establecido reiteradamente que: (...) *para pretender la ineficacia de la decisión de migración, no es necesario que «[...] el afiliado deba sufrir un perjuicio, ni ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información» (CSJ SL4373-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL1467-2021 y CSJ SL1465-2021)*³⁷.

Ello, por cuanto en criterio del órgano de cierre “(...) *ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado...Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto. De otro lado, tampoco era necesario esclarecer si la accionante tenía o no una expectativa legítima de pensión o un derecho adquirido, pues la violación del deber de informar se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.* (...) (Negrillas ajenas al texto original)”, para el fin que en este tipo de procesos se persigue, cuando se verifica la omisión de la AFP accionada.

³⁷ SL750-2023. Marzo 29. Radicado: 80426. M.P. GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ. En el caso resuelto en este precedente, la demandante al momento de solicitar a COLPENSIONES el traslado a ese régimen desde el fondo privado en el que se encontraba en ese momento, esto es, PORVENIR, contaba con aproximadamente 55 años de edad; circunstancia que claramente se identifica con la que es materia de análisis en el presente evento, en el que a la aquí accionante también le restaban menos de 10 años para arribar a la edad de pensión. Así se indicó en los antecedentes del pronunciamiento que se trae del órgano de cierre en materia laboral: “(...) *Fundó sus pretensiones en que: nació el 28 de septiembre de 1960; se afilió al ISS el 2 de febrero de 1989; suscribió un formulario de afiliación con la AFP Colfondos el 3 de abril de 1997, donde se trasladó del RPM al RAIS; que para el momento del cambio contaba con 312 semanas de cotización; que la asesora no le suministró información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta, en lo referente al cambio de régimen; y sus desventajas y las consecuencias que ello traería. También indicó que el fondo privado aseguró que «se pensionaría a cualquier edad y que el seguro social se iba a acabar y que no iba a haber quien respondiera por esas cotizaciones».* Sostuvo que: *el 1° de mayo de 2000, se trasladó de Colfondos a Porvenir; y el 26 de febrero de 2015 le solicitó a Colpensiones regresar al Régimen de Prima Media, petición que fue negada a través del oficio n.º BZ2015-1728217-0922548, del 1° de abril de esa anualidad, porque se cambió a un fondo privado y no acreditaba 15 años cotizados al 1° de abril de 1994 (...)*”. (Resaltos ajenos al texto original). Aspectos del término menor a 10 años para la edad de pensión que también fue expuesto en la réplica a los cargos de la demanda de casación, por parte de PORVENIR.

Mismo precedente, entre otros, que se trae por la Corporación en reiteración actual de todos los tópicos que fueron materia de examen en el presente fallo (en él se reiteran SL1452-2019, SL1197-2021). Se agrega, de lo decantado en el mismo, aplicable al presente evento lo siguiente: “(...) *Finalmente, conviene precisar que el trasegar de la accionante por diferentes administradoras del Régimen de Ahorro Individual, trasladándose entre ellas, no significa que ello vaya a dar al traste con la ineficacia de la primera mutación de regímenes, tal como lo explicó la Corte en la sentencia SL3199-2021, en la cita que reiteró la explicación vertida en el proveído CSJ SL2877-2020, así: (...)*”.

10.- Respecto a la apelación de las costas procesales por parte de COLPENSIONES, quien en búsqueda de su exoneración puso de presente su “buena fe”, anclada en su imposibilidad legal de acceder a lo solicitado por la demandante, debe señalarse que según el artículo 361 CGP³⁸, aquéllas “están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”, y , que además para el caso ordena el artículo 365-1 *eiusdem* que “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso...”.

Cumplíendose los presupuestos fácticos para dar aplicación a las previsiones normativas referidas, que aluden a la generación de gastos merced a que en el procedimiento se rituló la primera instancia con oposición también de COLPENSIONES, devenía procedente su condena en costas³⁹. Lo anterior, sin perjuicio de la controversia que pueda, si a ello hay lugar, plantearse al tenor del artículo 366-5 del C.G.P.

Por lo expuesto, se confirmará en su integridad la sentencia apelada y consultada.

No se condenará en costas de esta instancia a COLPENSIONES en tanto y cuanto en su favor se desató el grado jurisdiccional de consulta (en desarrollo del cual surge obligado el examen del fallo en su totalidad, aún sin que se interponga el recurso vertical); SÍ a PORVENIR S.A, al tenor del artículo 365, numerales 1 y 3, C.G.P., en las que se incluirán a título de agencias en derecho y a instancias del Magistrado Ponente, conforme al artículo 366, numeral 3, *eiusdem*, en concordancia con el Acuerdo PSAA-16-10554 emanado del Consejo Superior de la Judicatura, artículo 5, numeral 1, segunda instancia, en cuantía de un (1) salario mínimo legal mensual vigente en favor de la accionante.

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

³⁸ Pertinente por la aplicación analógica señalada en el artículo 145 CPL.

³⁹ “(...) En lo que atañe **a la inconformidad del Colpensiones por la condena en costas impuesta por el Juzgado**, se recuerda que conforme el artículo 392 del CPC hoy 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS, **es procedente frente a la parte vencida en el proceso, es decir, su reconocimiento no se supedita a una actuación subjetiva, sino exclusivamente a las resultas del proceso. Lo anterior, como quiera que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, conforme lo considerado en sentencia CSJ SL1292-2019.**

Así las cosas, **la decisión del Juzgado de condenar en costas a Colpensiones por ser codemandada y haber resultado vencida en esa instancia, se ajusta a derecho y habrá de confirmarse.** (...). (Resaltos ajenos al texto original). SL2095-2021, mayo 18, rad. 81419. M. P. CARLOS ARTURO GUARIN JURADO.

RESUELVE:

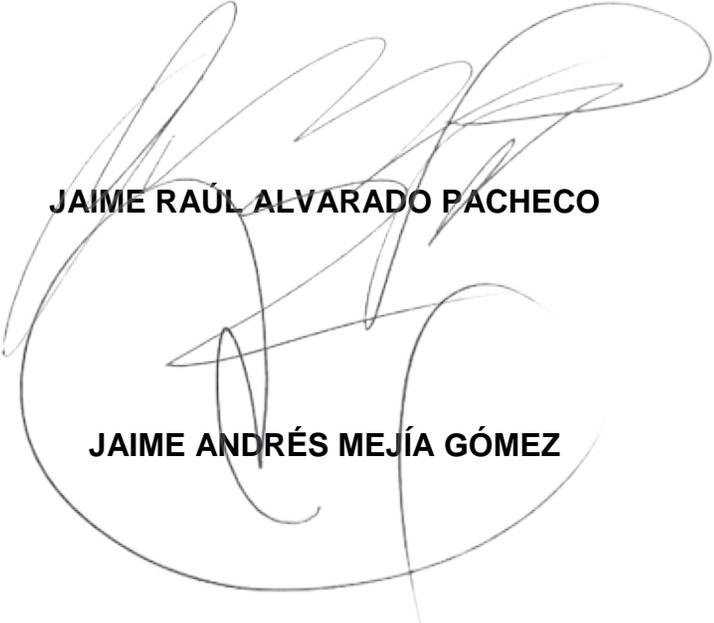
PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la decisión emitida por el Juzgado Segundo Civil/Laboral del Circuito de Pamplona el día 9 de diciembre de 2022, conforme a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** de esta instancia a PORVENIR S.A. en favor de la demandante. Como agencias en derecho se fija por el Magistrado Sustanciador un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: DEVOLVER, en su oportunidad, la actuación al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ

NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS
(En compensatorios)

Firmado Por:

Jaime Raul Alvarado Pacheco

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

003

Tribunal Superior De Pamplona - N. De Santander

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **95201386d17807cb5bbd2d6c20b109f7cc52df016314b456c97dfc4e4a7c007d**

Documento generado en 22/08/2023 03:44:48 PM

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