



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

Pamplona, dieciséis de noviembre de dos mil veintitrés

REF: EXPEDIENTE No. 54-518-31-12-002-2022-00016-01
ORDINARIO
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
PROVENIENTE DE: JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO CON
CONOCIMIENTO EN ASUNTOS LABORALES DE PAMPLONA
DEMANDANTE: NUBIA ROSA ROMERO CONTRERAS
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
"COLPENSIONES" y
FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS - PORVENIR S.A.
VINCULADO: FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.
MAGISTRADO PONENTE: JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
ACTA No. 036

I. A S U N T O

Se pronuncia la Sala sobre el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por las apoderadas judiciales de las entidades demandadas contra la **SENTENCIA** emitida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de esta ciudad en audiencia celebrada el 30 de junio de la presente anualidad, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por la señora **NUBIA ROSA ROMERO CONTRERAS** frente a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES¹ – COLPENSIONES** y la **Sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS² -PORVENIR S.A.**, al cual se vinculó a la **Administradora del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN**; así como que se desatará el correspondiente grado jurisdicción de **CONSULTA**.

II. ANTECEDENTES

De lo advertido en la demanda³ y sus anexos, y en lo que resulta de interés a la alzada, se resalta lo siguiente:

1. El presente litigio se originó en la aspiración de la señora Nubia Rosa Romero Contreras de que **(i)** se declarara la ineficacia de su afiliación al Fondo de Pensiones

¹ En adelante COLPENSIONES

² En adelante PORVENIR S.A.

³ Archivos 03 del expediente electrónico primera instancia

PORVENIR S.A. y, en consecuencia, **(ii)** se le otorgara validez y vigencia a su afiliación al régimen de prima media con prestación definida -RPM- administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad; condenándose, por tanto, **(iii)** a la AFP PORVENIR al traslado de los aportes cotizados en el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS- a COLPENSIONES y a éste a reactivar su afiliación al RPM; también **(iv)** que se tengan en cuenta los principios extra y ultra petita, por último **(v)** que se condene en costas y agencias en derecho a las citadas entidades.

2. En el relato fáctico se refiere que la demandante empezó sus cotizaciones para riesgos de IVM desde el 1 de diciembre de 1991 contando a la fecha (*se entiende de presentación de la demanda*⁴) con 884 semanas cotizadas; que el 23 de marzo del año 2000 fue trasladada del régimen con prestaciones definida administrada actualmente por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual hoy PORVENIR sin que le brindaran asesoría pensional ni información sobre los “*beneficios y contras*” de permanecer en ellos.

Se afirma que las cotizaciones que venía haciendo la señora Nubia Rosa al RPM le permitiría a futuro cumplir con los requisitos allí establecidos obteniendo mejores beneficios que al estar vinculado al RAIS; sin embargo, PORVENIR: **i)** *omitió el deber del buen consejo y de brindar una asesoría correcta, en la cual se tuviera en cuenta la historia laboral, perfil profesional y proyecto de vida...*” de la demandante; tampoco **ii)** le informó sobre el año de gracia otorgado por la ley 797 de 2003 para quienes quisieran trasladarse de régimen; ni le **iii)** explicó la prohibición de traslado entre regímenes cuando faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión en el RPM; **iv)** no elaboró una proyección pensional al momento del traslado; también **(iv)** prescindió de la información necesaria de los usuarios del sistema financiero según lo definido en el artículo 97 del decreto 663 de 1993.

Reseña poseer un promedio salarial en sus últimos 10 años de \$2.700.000, por lo que obtendría hoy en COLPENSIONES una pensión, en promedio, de \$2.100.000 aproximadamente, monto totalmente alejado al proyectado por la administradora de pensiones del RAIS quien en oportunidad le aseguró que alcanzaría una mejor pensión. Además, que le dieron aparente 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 siempre se le indicó en distintas asesorías*”.

Sostiene que el 20 de noviembre de 2021 radicó una solicitud de ineficacia de traslados ante PORVENIR que le fue decidida negativamente el 10 de diciembre siguiente.

⁴ Febrero de 2022.

Adicionalmente, el 13 de diciembre de 2021 pidió a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional para ese fondo que le fue negada en la misma data.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

1. Trámite de la demanda y su contestación

Mediante proveído del 29 de marzo de 2022⁵ se admitió la demanda, ordenando la notificación y traslado respectivo a las entidades convocadas; y en fecha posterior⁶, a partir de la información suministrada por la Administradora de Fondos de Pensiones Obligatorias Porvenir S.A., ordenó integrar el contradictorio en la parte pasiva con la Administrado de Pensiones Obligatorias “Protección S.A.” .

Trabada la contienda, comparecen al proceso de manera oportuna las demandadas y vinculada oponiéndose a las pretensiones y formulando medios exceptivos en los siguientes términos:

1.1 La Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES⁷

Luego de relieves la naturaleza jurídica de la misma, como empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente; rechaza y se opone a las declaraciones y condenas deprecadas, toda vez que la parte accionante *“no puede desconocer su traslado de forma voluntaria y sin presión al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS) Administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., afiliación efectuada el 23 de marzo de 2000”*; al tiempo que acepta como hechos ciertos la fecha de nacimiento de la actora, la expedición, por parte de la Superintendencia Financiera de la circular 016 del año 2016, al igual que la resolución negativa de la solicitud de traslado formulada por la señora Nubia Rosa y, no constarle los demás.

A partir de pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, referentes al traslado de régimen pensional, puntualiza que en el caso concreto la aserción de Nubia Romero de *“no haber recibido una debida información”* no puede ser tomada como una base sólida y única para dar paso a declarar la ineficacia o nulidad del traslado. Inclusive que la razón de su negativa a la solicitud de inoperancia del traslado en sede administrativa fue porque *“COLPENSIONES por vía de jurisprudencia*

⁵ Archivo 07 Auto Admite Ibidem

⁶ Archivo 17, auto del 16 de septiembre de 2022

⁷ Archivo 13 ídem

no puede otorgar prestaciones económicas que no estén expresamente consagradas en la ley". Asegura que el acto de afiliación al RAIS lo desató la usuaria de forma libre.

Propuso como mecanismos de defensa las excepciones de mérito que denominó: *"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 el 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" e "innominada o genérica"*; precisando, básicamente, la improcedencia del traslado solicitado por la actora, en atención a lo dispuesto por el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que prevé que los afiliados al SGP sólo podrán trasladarse de régimen cuando hayan permanecido como mínimo 5 años en el mismo, contando desde su afiliación, y no le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le da derecho a la pensión.

1.2 La administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR⁸

Se opone a las declaraciones y condenas pedidas por la demandante, que, en su sentir, carecen de soporte jurídico y fáctico; solicita sea absuelta la administradora Porvenir de los cargos formulados y en consecuencia se condene en costas a la parte actora.

Menciona que la primera afiliación que hace la señora Nubia Romero a un sistema general de pensiones en RAIS fue en 1994 ante AFP ING⁹, que, de forma horizontal, el 23 de marzo del 2000 la demandante se trasladó a PORVENIR S.A.¹⁰. Añadió que, en la fecha en la que se produjo aquella afiliación la gestora de los fondos no poseía la obligación de entregar cálculos o proyecciones del futuro pensional de los que se acogían a su sistema¹¹; correlativamente, comunicó que le ha garantizado a la actora el derecho al retractor. Le llama la atención que la demandante haya estado por más de 19 años en el Régimen de Ahorro Individual sin conocer las condiciones y beneficios del traslado de régimen. Además, expresa que Porvenir S.A. ha generado a la peticionaria rendimientos del 48% del total del capital existente en su cuenta de ahorro individual. También sustenta que los traslados deben ir bajo los parámetros del artículo 113, literal b) de la ley 100 de 1993 donde se menciona que cuando hay cambio de régimen los

⁸ Archivo 14 Ídem

⁹ Hoy Protección S.A.

¹⁰ Indica que fue una decisión informada, libre de presiones o engaños - voluntaria - tal como se aprecia dentro de la solicitud de vinculación N° 01344126

¹¹ Obligación que dice la apoderada surge con el Decreto 1748 de 2014

dineros que se deben trasladar son “el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos”.

En su defensa formuló las excepciones de “prescripción”, “buena fe”, “inexistencia de la obligación”, “compensación” y la “excepción genérica”. En síntesis, arguyó falta de acreditación de cualquiera de las eventualidades que de manera expresa establece el artículo 1741 del Código Civil para demandar la nulidad del acto jurídico; dice que tampoco se encuentran configurados los supuestos de hecho que exige el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para declarar la ineficacia del traslado; además sustenta que el consentimiento informado de libre escogencia se materializó a la demandante con la suscripción de la solicitud de vinculación que contiene la manifestación escrita que refiere el artículo 114 del mencionado fundamento legal, la cual se presume auténtica en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y parágrafo 54ª del CPT.

1.3 Litisconsorte Administradora de Fondos de Pensiones “ING” hoy PROTECCIÓN S.A.¹²

A través de apoderado, expone: frente a las pretensiones declarativas y de condena no emite pronunciamiento por estar dirigidas a un tercero, por lo tanto, atenerse a lo que resulte probado. Ante el pedimento de vincular a su representada menciona que después de realizar un trabajo de búsqueda dentro de sus bases de datos, aquella, no arrojó ningún vínculo con la señora Nubia Rosa y tampoco con las administradoras que más adelante se fusionaron con su prohijada; mucho menos se ubicó constancia de traslado de aportes a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR que evidencie que la actora de la demanda ejecutó cotizaciones con PROTECCIÓN.

Manifiesta que de conformidad a lo observado en la historia laboral de la demandante su única vinculación con el RAIS ha sido con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, por tanto, se entiende que solo ha realizado cotizaciones en esa modalidad a esa entidad. Aludiendo que esta condición en particular genera para su poderdante una falta de legitimación en la causa por pasiva, principalmente, cuando PROTECCIÓN S.A. no tuvo vinculación con ella, ni mucho menos injerencia alguna en el traslado de régimen pensional.

Presenta como excepciones de mérito “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “prescripción”, y la “genérica”, solicitando absolver a su representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

2. Sentencia de primera instancia

¹² Archivo 25 ídem

El treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023) el Juzgado Segundo Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de Pamplona resolvió¹³:

“(…) PRIMERO. DECLARAR probada la excepción de mérito propuesta por Protección S.A., denominada falta de legitimación en la causa por pasiva, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por Colpensiones denominadas buena fe, inexistencia de la obligación demandada y falta derecho para pedir, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, legalidad de los actos administrativos, inoponibilidad la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en caso de ineficacia de traslado de régimen, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad de sui géneris y 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 denominada genérica, conforme a lo expresaban las consideraciones.

TERCERO. DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por Porvenir S.A., denominadas prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica conforme a lo expresado en la parte motiva.

CUARTO. DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora Nubia Rosa Romero Contreras, identificada con Cédula de ciudadanía 27.682.140 de Chinácota al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS, administrado por Porvenir S.A., contenida en el formulario 01344126 del 23 de marzo del 2.000, folio 720, en consecuencia, se declara que para todos los efectos legales, que la demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo explicado en la parte considerativa.

*SEXTO. ORDENAR 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 sobrantes en la cuenta de ahorro individual de la señora **NUBIA ROSA ROMERO 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, hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES; según lo explicado en la parte considerativa.*

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

¹³ Archivos 60 y 61 ídem

La anterior devolución y/o traslado de aportes y demás conceptos a la accionante, se deberá realizar por parte de PORVENIR S.A., dentro de los VEINTE (20) días siguientes a la ejecutoria de esta se sentencia.

SEPTIMO. ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES que valide la afiliación de la demandante NUBIA ROSA ROMERO 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; y en consecuencia reciba sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora ROMERO CONTRERAS.

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 el traslado de lo ordenado en el numeral 6º de la resolutive de ésta sentencia.

OCTAVO. CONDENAR en costas a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES; se incluirán como agencias en derecho en favor de la demandante, y en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, el valor equivalente a DOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, que ascienden a la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS VEINTE MIL PESOS (\$2.320.000,00), que deberán ser cancelados a prorrata; liquídense en su oportunidad conforme a lo normado en el artículo 365 del C. G. del P., aplicado por analogía del artículo 145 del C.P.T. y S.S. y el acuerdo PSAA 16-10554 el 5/08/2016 del C.S. de la J.

NOVENO. ORDENAR la consulta de la presente sentencia, de conformidad con lo normado en el artículo 69 del C.P.T. 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.

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

Para tomar tal determinación estableció como **problemas jurídicos: i) principal:** ¿determinar si existe ineficacia del traslado que hiciera la señora Nubia Rosa Romero Contreras del régimen de prima media con prestación definida administrada en ese entonces, por el ISS, hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con ocasión de una presunta falta en el deber de información?; **ii)** Para después ¿determinar si hay lugar a condenar a Porvenir a trasladar a Colpensiones el ahorro de la cuenta individual y/o la totalidad de las cotizaciones recibidas por la accionante, incluyendo intereses y rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración, fondo de garantía, la pensión mínima, seguros previsionales y/o cualquier otro concepto descontado de la cuenta de ahorro individual de la demandante o recibos por esta?; **iii)** Así como también si ¿hubiese lugar a efectuar alguna condena en relación con “PROTECCIÓN” antes “ING” por el tiempo que dice Porvenir y la constancia de Asofondos que supuestamente ella estuvo afiliada en el fondo privado ING?; **iv)** O si por el contrario, ¿hay lugar a

declarar probada alguna excepción de mérito propuestas por Colpensiones? y/o ¿las propuestas por Porvenir S.A.?

Cuestionamientos que respondió la juez de instancia, en los siguientes términos:

En principio, luego de enunciar el marco normativo y jurisprudencial que sustenta la decisión, hizo alusión al caudal probatorio existente -documental e interrogatorio de la demandante-, que valorado en conjunto, colige, contrario a lo afirmado por la Administradora de Pensiones PORVENIR, que la señora Nubia Rosa Romero Contreras antes de efectuar el traslado al RAIS el 23 de marzo de 2000, sí estuvo afiliada en el RPM con prestación definida, inicialmente a través de la extinta Caja de Previsión Social del Departamento de Norte de Santander y posteriormente ante el ISS; quien además, al día de hoy no tiene la condición de pensionada.

Luego encuentra procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional solicitado por la señora Nubia Rosa del RPM al RAIS, en razón a que Porvenir S.A. no logró probar con grado de mayor probabilidad, que le hubiese brindado a la accionante previo al mismo, la información necesaria, transparente, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traspaso y las posibles consecuencias en su futuro pensional, como era su deber, y lo ha sentado la jurisprudencia (SL1452 de 2019), en tanto desde *“la Fundación y/o creación de las sociedades administradoras de los fondos de pensiones, esto es, desde la ley 100 de 1993, tenían la obligación de garantizar la afiliación libre y voluntaria, sumado a lo dispuesto en el numeral primero del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, lo cual fue interpretado por la Corte, que para entenderse como libre y voluntaria se debía dar a la afiliada al momento de traslado la información necesaria que le permitiera, tener una comparación entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, lo que se traduce en la transparencia requerida para estos casos, entendida como la obligación de darle a conocer al usuario toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro...”*, razones por las cuales, no le resultó de recibo que se dijera que no era obligación hacerlo para esa fecha porque no se habían expedido la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Carga de la prueba que, insiste, incumbía al fondo de pensiones, sin embargo, Porvenir sólo cuenta con el formulario de afiliación, el cual, como lo ha precisado la Jurisprudencia (SL 2917 2020), *“es insuficiente para demostrar esa información necesaria, transparente o del consentimiento informado, pese a las formalidades en que se generaban esos formularios de afiliación”*. Así, determinó la a quo que se había configurado un vicio en el consentimiento de la afiliada, *“traducido en un engaño por la falta del deber de información... que la indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa*

específica de qué se trata, como lo señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual”; y por esas razones, con lugar a declararse no probadas las excepciones propuestas tanto por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones como por el Fondo de Pensiones Porvenir, haciendo hincapié en la de prescripción, para relieves que al tratarse el asunto de una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental a la Seguridad Social, su exigibilidad puede darse en cualquier momento en aras de obtener su íntegro reconocimiento, así respaldado en las sentencias SL 3311 2021, SL 2884 de 2021, SL 361 de 2019 y 1100 del 2023; por el contrario, halla probada la falta de legitimación en la causa por pasiva a favor de la Administradora de Fondo de Pensiones Protección, por cuanto las pruebas mostraron que la única afiliación que realizó la parte actora al RAIS¹⁴, lo fue ante Porvenir S.A.

Por lo anterior, la señora juez de instancia direcciona el alegato a resolver el problema jurídico asociado relativo a las condenas, frente al cual, a partir de las sentencias SL 3311 2021 y SL 2884 2021, esta última que indicó, *“También se ha dicho por la Sala que 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. Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones en la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, aportes para el Fondo de Garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados con cargos a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones”;* concluye que Porvenir deberá devolver en su totalidad las prestaciones recibidas de la afiliada, garantizando las situaciones consolidadas, es decir *“las cotizaciones y los demás que hubiere lugar en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida de Colpensiones”*.

En consecuencia, dispone la instancia el deber de trasladar la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, las comisiones, los gastos de administración, el aporte a los fondos de garantía de la pensión mínima, el seguro provisional, el bono pensionario y cualquier otro concepto; al tiempo que impone condena en costas a cargo de las demandas a prorrata y a favor de la demandante, señalando como agencias en derecho, el valor equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3. Apelación y alegatos en segunda instancia

¹⁴ Tesis que excluye que hubiera estado vinculada en algún momento a “ING”.

3.1 Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES S.A.¹⁵ La procuradora judicial apelante de esta entidad, pide que se revoque la decisión de primera instancia, limitándose a exponer: **(i)** haber logrado demostrar la debida, comprensible y suficiente información otorgada a la demandante al momento de realizar la afiliación inicial al régimen, pero la actora no presentó interés de indagar, verificar e informarse de la veracidad de lo que se le estaba diciendo; por lo que al existir tal asesoría y tener conocimiento de las condiciones en que se encontraba afiliada, debió hacer el traslado en el término que otorga la ley; **(ii)** además, que las pretensiones se direccionan a recibir un mejor monto pensional que nada tienen que ver con una indebida o insuficiente información; finalmente **(iii)** con relación a la condena en costas sostiene que Colpensiones se encontraba sujeta a lo normativamente establecido, no siendo precedentes los traslados cuando falten menos de 10 años para pensionarse, aunado a no haber sido determinante en el traslado régimen.

Por el contrario, dentro del término de traslado en segunda instancia, esta entidad financiera guardó silencio¹⁶.

3.2 Administradora del Fondo de Pensiones – PORVENIR S.A.¹⁷, demanda la revocatoria parcial de la sentencia frente al ordinal sexto exponiendo que: **(i)** la demandante explícitamente no pidió la devolución de los dineros de forma **indexada**, motivo por el cual, el apoderado deprecia que el fallo guarde coherencia y congruencia con lo que en realidad se solicitó; que en el desarrollo del proceso no se probó ni se debatió el tema de indexación o de una pérdida de poder adquisitivo, faltando los requisitos del artículo 50 del C.P.L. para que se pueda proferir un fallo ultra o extra petita; además como la AFP mantuvo la rentabilidad mínima de la cuenta de ahorro individual de la señora Nubia Romero, dice, *“no se puede hablar de que existe alguna devaluación o pérdida del poder adquisitivo, que es lo que entraría a corregir la indexación”*; además que al ordenar devolver los rendimientos financiero y la respectiva indexación, conlleva a que se le imponga una doble sanción por un mismo hecho generador.

Ya en el alegato ante esta instancia¹⁸, con argumentos similares a los expuestos en su contestación, insiste en que: **(i)** en el asunto no se invocó y menos se probó los eventos previstos en los artículos 1741, 1508, 1513, 1515, 1517 y 1524 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico de traslado, por lo que el mismo goza de plena validez, y que de existir estaría saneada, por la ratificación tácita de la parte demandante *“al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado”*; además que **(ii)** Porvenir siempre garantizó a la actora la posibilidad de retomar al régimen de prima

¹⁵ Archivo 60, récord 2:26:37-2:28:21

¹⁶ Folio 59 expediente 2ª instancia

¹⁷ Archivo 60 récord 2:28:31-2:31:00, 1ª instancia

¹⁸ Folios 47 a 58 ídem

media y puso a su disposición los canales de comunicación suficientes para permitirle conocer las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, referentes al funcionamiento, características y requisitos del RAIS, entre otros, la publicación que realizó en el diario El Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994; asimismo (iii) que la demandante, a partir de la suscripción del formulario de afiliación, decidió escoger el régimen de ahorro individual, *“documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT”*; dice que, (iv) conforme a las normas existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico, se arribaron los documentos oportunos para acreditar así su deber de brindar una adecuada información, incluso que no es viable imponerle a los administrados cargas probatorias distintas a las previstas en las leyes para cuando sucedió la afiliación, *“pues hacerlo, claramente constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima de mi representada, en tanto que actuó amparada por lo señalado en la Ley 100 de 1993, los decretos reglamentarios y en las disposiciones del órgano de vigilancia”*; asegura (v) que no hubo un análisis crítico y en conjunto de las pruebas en este caso en particular, que *“el juzgador de primera instancia declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas referidas del ordenamiento civil, relacionadas con la validez de los negocios jurídicos a las cuales debemos acudir por ausencia de reglas legales en materia laboral, ... como lo señala el artículo 1602”*; (vi) manifestó la diferencia legal de ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, para relieves que el artículo 113 literal b de la Ley 100 de 1993 *“impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma”*; (vii) resalta que *“si el acto jurídico del traslado no existió porque el afiliado JAMÁS dejó de pertenecer al RPMPD, se debe ordenar en esta clase de procesos, la devolución de los aportes con los rendimientos que ese sistema le produciría al afiliado, pues entenderlo de otra manera es contrariar nuevamente lo dispuesto en las normas referentes a los efectos de la ineficacia de los actos jurídicos”*; (viii) considera que al no haberse discutido y menos probado la mala fe de Porvenir S.A. en la celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenarse a mi representada a *“restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es COLPENSIONES”, los rendimientos financieros que logró mi representada por la gestión que adelantó en la administración de los aportes en el RAIS. Tampoco se debe ordenar la devolución de las primas de seguros por cuanto el afiliado SIEMPRE estuvo protegido en las contingencias que ellas amparan. Imponer esta obligación es tanto como exigirle a cualquier compañía de seguros que, si no se presenta el siniestro amparado, debe devolver, trasladar, reintegrar el valor de la póliza pagada”*; finalmente, (ix) revela como incompatible y excluyente ordenar la indexación, *“pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que garantiza el RPMPD”*.

Conforme a lo enunciado solicita se revoque íntegramente la sentencia de primera instancia absolviendo a su representada de todas y cada una de las pretensiones.

3.3 El Fondo de Pensiones Protección S.A. y la parte demandante (no recurrentes), permanecieron silentes¹⁹.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia de la Sala

Al tenor del artículo 15 del C.P.T. y de la S.S. literal B, esta Sala es competente para desatar la alzada formulada por los recurrentes contra la sentencia proferida por la Juez Segunda Civil del Circuito con conocimiento en Asuntos Laborales de este Distrito Judicial, así como la consulta que es de mérito.

2. Problema jurídico

Se contrae a verificar si acertó la Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional y sus efectos, o si, por el contrario, el mismo es improcedente como lo demandan las entidades recurrentes, en razón a que la actora suscribió el formulario de traslado de manera libre y voluntaria, ejerciendo el derecho a la autónoma elección y permaneció en él por más de 20 años; además, si existe incongruencia frente a la indexación ordenada por cuanto no fue solicitada, al tiempo que se impone una doble sanción por un mismo hecho generador, en tanto se ordena igualmente devolver los rendimientos financieros.

Para tal efecto, el Tribunal, a partir de la consolidada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala Labora sobre el tópico, para el análisis del caso concreto abordará en su orden los siguientes temas de decisión: **i)** Derecho de la actora a la escogencia de régimen pensional, de manera libre, voluntaria y debidamente asesorada; **ii)** Efectos de la ineficacia del traslado; finalmente, **iii)** De la condena en costas.

3. Caso concreto

En el centro del debate se encuentra la cuestión de la invalidez del cambio de régimen pensional llevado a cabo por la señora Nubia Rosa Romero Contreras el 23 de marzo de 2000. Este cambio implica la transición desde el régimen de prima media con prestación definida, que en su momento estaba bajo la administración del Instituto del Seguro Social (ISS), ahora Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad gestionado por Porvenir S.A.

¹⁹ Folio 64 2ª instancia

La relevancia de este asunto radica en el impacto significativo en los derechos y beneficios pensionales de la demandante. Por lo tanto, se plantea una cuestión crítica sobre si dicho cambio de régimen fue debidamente asesorado y si la señora Romero Contreras tomó esta decisión de manera consciente y voluntaria. Pues, la determinación de la invalidez o validez del mismo se convierte en un factor esencial que afecta directamente los derechos y el bienestar financiero de la demandante en el contexto de su jubilación.

La advertencia de esta Sala es que confirmará lo establecido por la Juez a-quo. Esto después de que se estableció el enfoque y la dirección que siguió la evaluación de los hechos y las decisiones previamente tomadas por la Juez de Instancia. En este sentido, se abordará un análisis que busca respaldar y confirmar lo decidido por ella.

Los siguientes hechos no estarán sujetos a debate: (i) que la demandante comenzó a cotizar para los riesgos de IVM a partir del 1 de diciembre de 1991, (ii) que antes de llevar a cabo la transferencia al RAIS el 23 de marzo de 2000, la señora Nubia Rosa estuvo afiliada al régimen de prima media a cargo del ISS²⁰ y no al de Protección S.A., ni (iii) las semanas que tiene actualmente cotizadas.

3.1 Derecho de la actora a la escogencia de régimen pensional, de manera libre, voluntaria y debidamente asesorada

Es importante recordar que el Sistema General de Seguridad Social (SGSS) se desarrolló con el propósito de ampliar la cobertura en diversas situaciones y se construyó sobre los fundamentos de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación. Todo esto se hizo con el objetivo de mejorar la calidad de vida de los afiliados y poner en práctica los principios establecidos en el artículo 48 de la Constitución Política²¹.

En el ámbito de las pensiones, uno de los objetivos más cruciales del Sistema General de Seguridad Social fue unificar los múltiples regímenes dispersos. Para lograrlo, se crearon dos regímenes exclusivos: (i) el solidario de prima media con prestación definida y (ii) el de ahorro individual con solidaridad; 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 el de ahorro individual con solidaridad 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

²⁰ Según lo que consta en el documento No. 01344126, archivo 03DemandaAnexos expediente electrónico unificado 1ª instancia

²¹ Eficacia, universalidad y solidaridad

acumulado que permita obtener una mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente²².

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 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 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”*.

Es así, de relevancia constitucional²³ y legal²⁴ que las personas al momento de escoger el régimen pensional estén debidamente asesoradas, con el fin último de que tal escogencia sea libre y consciente, so pena de que la autoridad competente se haga acreedora a las sanciones establecidas. Responsabilidad que atañe 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”*²⁵.

Deber de información que, con el paso del tiempo, la Jurisprudencia de la Sala Laboral lo ha clasificado dependiendo del periodo en que se verifica el traslado, esto es, “si

²² CSJ, SL12136 del 03 de septiembre de 2014, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, Rad. 46292

²³ 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...”*.

²⁴ Ley 100 de 1993

²⁵ CSJ SL 221 del 14 de febrero de 2013

ocurrió: i) de 1994 hasta 2009; ii) de 2009 hasta 2014 o, iii) de 2014 en adelante²⁶”, trayendo a colación lo destacado frente a la primera de las etapas, de interés para el caso que ocupa la atención de la Sala, bajo el siguiente derrotero:

“Al referirse a dicha etapa, la Corte explicó en sentencia SL1688-2019, entre muchas otras, que de acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los interesados tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» el régimen pensional que mejor les convenga y consulte sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, éste puede ser objeto de sanciones. Para la Sala, tal expresión presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole.

De esta forma, como lo recordara la Sala recientemente en sentencia SL2953-2021, no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito».

Igualmente, resaltó en aquella oportunidad que el Decreto 663 de 1993 «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, dispuso en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de «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». Además, advirtió que la Ley 795 de 2003 «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», subrayó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

Por manera que las AFP --desde su creación y entrada en funcionamiento-- tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante el suministro de información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses²⁷ (...).”

Prueba de dicha información que compete a las AFP satisfacerla, como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos²⁸:

“3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, 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.

²⁶ CSJ SL 1688 de 2019, reiterada en la sentencia SL221 de 2013 entre otras

²⁷ Reiterada en la sentencia SL221 de 201

²⁸ STP12082-2019 del 2 de septiembre de 2019. M.P. Jaime Humberto Moreno Acero.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

[...]

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento²⁹”.

Ahora, hablando de la ineficacia del traslado de regímenes tenemos que, a partir de la consolidada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral³⁰

“(…) conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

La ineficacia en sentido estricto se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica al acto. Así, la sentencia que declara la ineficacia no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas -la ineficacia- surgido con anterioridad al inicio de la litis.

²⁹ SL1688 de 2019 citada en la sentencia SL221 de 2013

³⁰ Sentencias SL1688, 3464 y 4360 todas del año 2019, reiterada en la sentencia SL2929 de 2022

Puesto 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. Esto quiere decir que «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» (CSJ SL3464-2019).

La tesis de la ineficacia del acto de traslado ha sido el fundamento para ordenar en numerosas ocasiones a las AFP no solo la devolución a Colpensiones de los saldos obrantes en las cuentas de ahorro individual de los afiliados, sino también de los porcentajes correspondientes a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Esto bajo el argumento lógico de que, si la ineficacia supone que el afiliado nunca abandonó el RPMPD, ha de entenderse que «esos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones» (CSJ SL3464-2019)».

Después de estas precisiones conceptuales, el Tribunal pasará a examinar si, en efecto, como dice el apoderado de la entidad Porvenir dentro de su escrito de apelación³¹, la demandante “no allegó documento ni mucho menos se probó dentro del proceso la ineficacia del traslado de pensiones”.

Bajo estos criterios, enfocándonos en la demanda, la actora sostiene que “en ningún momento le brindaron asesoría pensional, ni mucho menos le proporcionaron información sobre los beneficios y desventajas de permanecer en dicho régimen”. Lo anterior se refiere a la omisión denunciada por la actora, que tuvo como escenario el día 23 de marzo del año 2000³² cuando la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual. Este último administrado por Porvenir S.A.

Narrativa que la parte actora aclara en el interrogatorio de parte rendido ante el Despacho de instancia³³, ya que, manifiesta que el día 23 de marzo del 2000 asesores de Porvenir arribaron a la alcaldía de Chinácota a realizar el cambio de régimen de pensión a los trabajadores sin antes explicarles en qué consistía aquella alteración:

*“(…)Nos entregaron un documento para firmar. **JUEZ.** Quién les entregó ese documento. **CONTESTA.** La secretaria del despacho del señor alcalde. **JUEZ.** Y qué documento era ese. **CONTESTA.** Donde nos trasladaban de fondo, o sea, nos afiliaban a ese fondo. **JUEZ.** A porvenir. **CONTESTA.** A Porvenir, y en esa época, pues el desconocimiento, no, de por qué, o sea, nosotros pensamos que eso era normal. O sea,*

³¹ Allegado a esta dependencia el 10 de agosto de la anualidad

³² Fecha de redacción del formulario de traslado

³³ Récord 25:06, audiencia de instrucción y juzgamiento primera parte realizada el 30 de junio de 2023.

que eso era un requisito para la pensión. Pero no sabíamos la diferencia entre un fondo y el otro fondo. O sea, con otro fondo ¡No! (...)”.

No obstante, lo anterior, en virtud de la carga de la prueba le correspondía, precisamente, a la AFP Porvenir S.A. demostrar que la demandante tomó una decisión autónoma y consciente al haber sido informada de las consecuencias que le acarrearía el cambio de régimen. Sin embargo, al revisar el material probatorio allegado al plenario, no se allega prueba alguna que demuestre que dicha administradora documentó clara y suficientemente a la actora sobre los efectos que le ocasionaría el traslado del RPM al RAIS, así se deduce de la respuesta otorgada por dicha entidad a los requerimientos ordenados por la juez de primera instancia, que obra a folio 787 del plenario, en la que, respecto a la asesoría brinda a la demandada, se limita a indicar que “...la suscripción de la afiliación estuvo precedida de la debida asesoría, circunstancia sin la cual no se hubiera suscrito el formulario de afiliación (adjunto)” (del texto); sin embargo no aporta documento cierto que respalde su dicho, solo se cuenta con la copia del formulario de traslado al que se ha hecho mención.

Agrega la citada Administradora de pensiones en su contestación a la demanda que a la fecha de traslado, “...*los fondos privados no tenían la obligación de brindar la información en los términos solicitados (proyecciones pensionales), por cuanto la existencia del deber de asesoría sólo inicia formalmente, hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015. Y en relación con el retorno al RPM antes de los últimos 10 años, precisa que “...con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, las administradoras del RAIS, en cumplimiento a las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia mediante Circular 01 de 2004, publicaron en un diario de amplia circulación nacional -EL TIEMPO- el aviso de prensa en el que se indicó a todos los afiliados y al público en general, las modificaciones referidas y las consecuencias, siendo una de ellas, la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando la persona se encuentre a diez años o menos de cumplir la edad para pensión”*. Dichos de esta entidad, que dejan entrever el incumplimiento de su deber de información, que le permitiera a la señora Nubia Rosa conocer oportunamente, los pros y los contras del cambio de régimen. Máxime que en interrogatorio agrega la demandante que³⁴:

*“(...) JUEZ. Entonces, señora Nubia, usted, no recibió ninguna explicación por parte del asesor de Porvenir el 23 de marzo del 2000, que tiene fecha ese formulario, antes de que usted firmara, de que le explicaran cuáles eran las características del régimen de prima media, en el cual usted venía en ese momento, administrado por el ISS, al régimen de ahorro individual que usted iba a ingresar... qué diferencias hay entre uno y otro régimen, en su caso particular cómo le sería para poder acceder a la atención de emergencia en uno u otro régimen. Usted tuvo conocimiento de todo eso. **CONTESTA.** No, Señoría, ¡nada! a nosotros no nos explicaron nada de eso, no tuve conocimiento de cuál era los beneficios y en cuál es me debería perjudicar en el futuro. Nada, no supe*

³⁴ Récord 43:41, audiencia de instrucción y juzgamiento primera parte realizada el 30 de junio de 2023.

nada, su señoría. Qué pena, pero en esa época era uno como más olímpico - digo yo - porque de verdad que uno firma sin mirar lo que está firmando en todo. O sea, qué consecuencias va a tener eso en un futuro y de verdad su Señoría, que nosotros firmamos sin pensar lo que estábamos firmando (...)”.

Asimismo, la defensa de la administradora sostiene dentro de su escrito de apelación que Porvenir *“siempre le garantizó a la parte demandante la posibilidad de retornar al régimen de prima media”* además dice que *“dispuso los canales de comunicación suficientes para permitirle a la actora conocer las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993³⁵”*. De las anteriores declaraciones, es esencial destacar que, tras un análisis exhaustivo del expediente del caso, la Sala no halló evidencias que respaldaren dichas afirmaciones. En realidad, incumbía a la AFP demostrar de manera concreta cómo y cuándo se marcaron los canales de comunicación para que la señora Nubia Rosa Romero Contreras pudiera estar al tanto de su derecho al retracto.

Una vez realizado el ejercicio valorativo por parte del Tribunal de los medios de convicción se tiene que, tal como lo adveró a espacio la a quo, no se encontró que PORVENIR S.A. haya cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), comoquiera que brillan por su ausencia los deberes y obligaciones que la jurisprudencia (CSJ, SL12136 del 03 de septiembre de 2014, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, que rememora la sentencia hito del 09 de septiembre de 2008, radicación 31989, M.P. Eduardo López Villegas) ha trazado en aquellos casos de traslado de regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) 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 una afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el **“deber del buen consejo”**, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a *“desanimar al interesado”* de tomar una opción que claramente le perjudica.

Nótese que en ningún momento la señora Nubia Rosa Romero Contreras acepta tener un conocimiento detallado, más allá de la solicitud de traslado que firmó. Porvenir nunca concretó en determinarle a la demandante cómo el RAIS incidiría en su masa de ahorro

³⁵ Folio 50 cuaderno unificado tribunal

para obtener una prestación pensional similar o superior a la de RPM. No se permite deducir razonablemente que el fondo cumplió con los deberes que el legislador exigía. Esto conlleva a que el Tribunal comparta el análisis que por este aspecto realizó la Juez primaria; esto es, que la afiliación de la señora Nubia Rosa Romero Contreras a la AFP Porvenir S.A. deviene ineficaz; resaltando, además, que el aparte de la manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación No. 0134412, no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la demandante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos en precedencia, comoquiera que dichos supuestos, como se ha dicho, no fueron acreditados por la demandada, a quien correspondía esta carga probatoria, en la palabras de la Corte Suprema de Justicia, “...debiendo proveer a los jueces de todos los medios de convicción que permitan dar certeza de que, al momento de producirse el traslado entre regímenes, el afiliado contaba con todos los elementos de juicio suficientes para decidir libre y voluntariamente”³⁶.

Reitérese que la suscripción del formulario de traslado no es prueba suficiente para desvirtuar dicha negligencia. Idea sobre la cual, el alto Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria Laboral ha dicho:

*“De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que 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, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional”³⁷.*

Por lo tanto, como lo concluyó el tantas veces citado Alto Tribunal, al no haberse demostrado que la demandante recibiera la información necesaria, completa y exacta referente a su traslado de régimen, no puede concluirse que el mismo se haya efectuado en forma libre, calificada, cualificada y voluntaria, circunstancia que acarrea la sanción de ineficacia estipulada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y como consecuencia de ello, la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida³⁸.

³⁶ Sentencia CSJ-SL12136-2014 reiterada en la sentencia SL 2327-2022

³⁷ ídem

³⁸ CSJ SL1689-2019, CSJ SL1197-2021, reiterada en la sentencia SL288-2022

3.2 Efectos de la ineficacia del traslado

Se duele la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías -PORVENIR S.A., de la condena de instancia tendiente a devolver:

“(...) 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 desconocido y/o consignado en la cuenta de ahorros individual de la demandante debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, y/o recursos hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones (...)”.

En su sentir contraviene lo dispuesto en el inciso final del artículo 964 del Código Civil; adicionalmente, por cuanto, de acuerdo a la ley 100 de 1993, “...es la retribución de los servicios prestados y se utiliza para cubrir los costos y gastos en la producción de los frutos”; y “Porvenir prestó sus servicios por todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada al fondo, se lograron los rendimientos de los aportes año tras año, luego tal situación resulta imposible dejar sin efecto, pues no se puede dejar sin efecto los servicios prestados, de igual forma en relación con las primas de seguro previsional por invalidez, vejez y muerte, debido a que las aseguradoras ya prestaron sus servicios, lo que no se puede retrotraer o dejar sin efectos máxime cuando son terceros ajenos a este proceso”.

Finalmente, considera que conforme a las disposiciones del artículo 1746 del Código Civil frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución.

La Sala destaca que la mencionada consecuencia deviene, precisamente, del incumplimiento del deber que le asistía a esa entidad de suministrar a la señora Nubia Rosa Romero Contreras la información necesaria para que la decisión de traslado que ejecutó en ese momento hubiese sido libre y veraz, en los términos que a lo largo de esta providencia fueron claramente evidenciados. Aspecto sobre el cual la máxima autoridad laboral ha precisado³⁹:

“(...) Al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, puede acudirse al artículo 1746 del CC, precepto relativo a las consecuencias de la nulidad que consagra las mismas consecuencias de aquella.

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,

³⁹ SL3349-2021 del 28 de julio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, Rad. 88826.

con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

*Artículo 1746 del CC -restituciones mutuas- La declaratoria de la ineficacia del traslado pensional trae como efectos de acuerdo a los recursos en el involucrados lo siguiente: i) De acuerdo al literal a) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, cuando el traslado se produce del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales y ii) De acuerdo al literal **b) de la misma norma, cuando la migración se efectúa del régimen de ahorro individual al de prima media, comporta la transferencia del saldo individual, incluidos los rendimientos en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización.** (negrilla fuera de texto).*

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 cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada”.

Ahora, lo que acaba de enunciarse obliga a esta instancia hacer un análisis particular respecto de los efectos que tendrá la declaratoria de ineficacia de la vinculación efectuada por Nubia Rosa Romero Contreras al RAIS.

En consecuencia, se tiene que cuando la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media al de Ahorro individual en el año 2000, operó lo dispuesto en el literal a) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993. Lo que en términos de la declaratoria de ineficacia conllevaría, entonces, a la devolución con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, incluidos los valores que cobró el fondo privado a título de gastos de administración y comisiones, debidamente indexados, durante todo el tiempo que el demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Es importante destacar que la jurisprudencia establece claramente que⁴⁰ cuando la afiliación es declarada como ineficaz, la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) receptora está obligada a reembolsar los gastos administrativos y las comisiones indexados⁴¹, los cuales deben ser ajustados conforme a sus propios recursos. Dado que el acto es considerado ineficaz desde su inicio, los montos correspondientes no solo deben haber sido transferidos a Colpensiones, sino también el porcentaje designado para la formación del fondo de garantía de la pensión mínima.

En adición a las contribuciones y rendimientos derivados de la cuenta de ahorro individual, se deben reembolsar las importaciones relacionadas con los gastos administrativos, el porcentaje correspondiente a las primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, así como aquel destinado al fondo de garantía de la pensión mínima. Estos montos deben ser debidamente ajustados e imputados a los recursos propios de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) durante el período en el cual Nubia Rosa Romero Contreras mantuvo vínculo con dicha entidad⁴².

Por lo tanto, se finaliza diciendo que la condena del Juzgado Segundo Civil del Circuito debe mantenerse, en la medida que quedó demostrado que Porvenir desconoció su rol de administradora del sistema y no contribuyó de manera directa a aconsejar a la actora bajo los parámetros legales que le competían, haciendo explícitas las implicaciones de la decisión del a-quo; omisión, que, para la Sala, trae en su contra la condena impuesta.

3.3 De la condena en costas.

Finalmente, se mantiene la condena en costas dictada por la Juez de instancia, en la medida en que el alcance de estas no es otro que haber resultado vencidas en esa instancia, sin que por ello se desconozca que la actuación de dichas entidades se haya surtido dentro del marco de la buena fe, sin perjuicio de la contradicción establecida en el Art. 365-5 del CGP.

Todo lo anteriormente esbozado desestima los planteamientos de las recurrentes por lo que, desde esa perspectiva, se confirmará el fallo de primera instancia. Sin costas en el grado de jurisdicción de consulta y, además, por no haberse causado respecto de la alzada (365-8 *ibidem*).

V. D E C I S I O N

⁴⁰ CSJ SL3199-2021

⁴¹ Al respecto se puede consultar sentencia de este Tribunal del 27 de octubre de 2023, radicado 2022-39. M.P. Dr. Nelson Omar Meléndez Granados.

⁴² SL1479-2023

En armonía con lo expuesto, **LA SALA ÚNICA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito con Conocimiento en Asuntos Laborales de la ciudad el 30 de junio de 2023 por lo motivado.

SEGUNDO: TENGASE por aceptada la revocatoria de poder presentada el día 23 de octubre de la anualidad por el representante legal de la firma de abogados contratada por Colpensiones, el doctor LUIS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO mediante correo electrónico.

TERCERO: RECONOCER personería jurídica al mandatario principal doctor JOSÉ DAVID MORALES VILLA y como abogada sustituta a la doctora KATHERINE PAOLA CASTILLA RUIZ conforme al memorial remitido el día 2 de noviembre de 2023.

CUARTO: NO CONDENAR en costas.

QUINTO: DEVOLVER, en su oportunidad, la actuación al Juzgado de origen.

.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ

NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

-En permiso-

Firmado Por:

Jaime Andres Mejia Gomez

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

002

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: **7f43e8e8ae0f163be129f20d1ae4900f5a7013c4657afe5cdb6a469f2141616d**

Documento generado en 16/11/2023 02:17:46 PM

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