



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

E D I C T O

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

H A C E S A B E R:

Que el primero (1°) de noviembre dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-004-2022-00032-01 P.T. No. 20.313
NATURALEZA: ORDINARIO.
DEMANDANTE JACQUELINE RODRÍGUEZ SÁNCHEZ.
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRA.
FECHA PROVIDENCIA: PRIMERO (1°) DE NOVIEMBRE DE 2023.
DECISION: **"PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 10 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a las demandadas PORVENIR S.A, y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada."

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

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

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

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO



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

Cúcuta, Primero (01) de Noviembre de Dos Mil Veintitrés (2023)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2022-00032-01
RADICADO INTERNO:	20.313
DEMANDANTE:	JACQUELINE RODRÍGUEZ SÁNCHEZ
DEMANDADO:	PORVENIR S.A Y COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora JACQUELINE RODRÍGUEZ SÁNCHEZ contra PORVENIR S.A y COLPENSIONES radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2022-00032-01, y radicación interna N° 20.313 de este Tribunal Superior, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta sobre la sentencia del 10 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

1. ANTECEDENTES

La señora JACQUELINE RODRÍGUEZ SÁNCHEZ interpuso demanda ordinaria laboral contra PORVENIR S.A y COLPENSIONES para que se declare ineficaz el acto mediante el cual la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A y que en virtud a dicha declaratoria se ordene a PORVENIR S.A devolver a COLPENSIONES el ahorro de la cuenta individual de la demandante, incluyendo los interés y/o rendimientos financieros, como a su vez los gastos de administración debidamente indexados y el bono pensional junto con sus intereses.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refirió:

- Que la demandante durante 7 de febrero de 1996 al 31 de octubre de 1999, estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida del sistema general de pensiones administrado por el ISS.
- Que el 1° de noviembre de 1999, la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, como lo establece formulario de afiliación emitido por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, ante la oferta que le efectuaron los asesores del mencionado fondo.
- Expresa que la demandante fue convencida por los asesores de PORVENIR S.A, para que se trasladara al régimen de ahorro individual con solidaridad,

asegurándole que el monto de su pensión sería mucho más elevado que la que recibiría por parte del ISS y nunca se le advirtió generaría la pérdida de los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, en cuanto a los requisitos de pensión de vejez, por lo que la accionante nunca conoció los riesgos que implicaba el traslado de régimen, situación omitida por los asesores de PORVENIR S.A. Por lo que su traslado no fue una manifestación libre y voluntaria debido a que no estuvo acompañada de información precisa que le permitiera evidenciar los alcances positivos y negativos de su decisión.

- El 6 de enero del 2022 la señora Jacqueline Rodríguez Sánchez solicitó a COLPENSIONES se aceptara su traslado al régimen de prima media con prestación definida, la cual a través de comunicado BZ2022_144428-0028676 informó a la demandante que negaba la posibilidad traslado al régimen de prima media con prestación definida.

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a todas las pretensiones establecidas en la demanda por carecer de sustento jurídico y fáctico. teniendo en cuenta que, a la fecha, el traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas y el traslado se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la Ley 100/93 y la afirmación de indebida y engañosa información, deberá alegarse y demostrarse en el transcurso del proceso judicial.

A su vez resalta que teniendo en cuenta que, en principio, la escogencia y afiliación a un determinado régimen de pensiones, debe ser un acto libre, consciente y voluntario del trabajador. Por lo tanto, en lo referente a la nulidad se tiene que, para que pueda predicarse existencia y validez de la afiliación, ésta debe reunir los requisitos dispuestos en el artículo 1502 del Código Civil, esto es, que la declaración de voluntad debe provenir de una persona legalmente capaz, que preste su consentimiento sin error, fuerza o dolo que lo vicie, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga además una causa lícita. Ante la ausencia de uno de estos elementos, el acto es inexistente y de presentarse alguno de los vicios enunciados, se entiende que es nulo el acto de afiliación y, en consecuencia, no es posible hacerle producir efectos en el mundo jurídico. Por lo tanto, respecto el asunto examinado, no se logra colegir la ausencia de alguno de los elementos anteriormente mencionados, ni tampoco que fuese engañado o conducido a un error en su convencimiento, por lo que no se debe conceder la nulidad alegada por la demandante.

Propone como excepciones BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, COBRO DE LO NO DEBIDO, PRESCRIPCION, COBRO DE LO NO DEBIDO, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS, SUGERIR UN JUICIO DE PROPORCIONALIDAD. NO PROCEDE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA E INNOMINADA.

Por su parte **PORVENIR S.A** se opuso a las pretensiones por cuanto el traslado de régimen del RPM al RAIS, se realizó conforme a derecho y no existe vicio alguno que amerite o genere nulidad o ineficacia del traslado y de acceder a las suplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial. Resalta que sus funcionarios ejercen su labor de asesoría la cual se concreta a partir de la información suministrada por las personas que manifiestan su interés de vincularse a este fondo de pensiones, haciendo de esta manera una realidad su proceso de afiliación, la cual se expresa mediante el diligenciamiento y firma del correspondiente formulario de afiliación, sin que la Ley haya previsto un mecanismo diferente a éste, para la validez de la misma, de igual la parte

demandante no realizada esfuerzo argumentativo y probatorio alguno para establecer qué clase de error se alega, ni la entidad del mismo, para poder determinar si tiene la virtualidad de anular el consentimiento ya que el relato de la demandante es difuso e impreciso a endilgarle responsabilidad a PORVENIR S.A, sin indicar los motivos o precisiones para darle credibilidad a su narración y por lo tanto se debe absolver a PORVENIR S.A.

Propone como excepciones de mérito INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN E INNOMINADA.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas contra la Sentencia del 10 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la parte demandante JACQUELINE RODRIGUEZ SANCHEZ, C.C. 60293640, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A., a PORVENIR S.A., EN FECHA 99-11-01 EFECTIVO, FOLIO 102 ARCHIVO PDF “07”, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo pensional PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., quien representa al régimen de prima media y a favor de la parte demandante en CADA radicado, todos los valores que hubiere recibido desde el TRASLADO Y HASTA EL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LA SENTENCIA, la entrega de todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales DE HABERSE COBRADO, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, como seguros previsionales.

TERCERO: DECLARAR que los demandantes en ambos radicados, para efectos pensionales, se encuentran afiliados al régimen de prima media con prestación definida, (AFILIACIÓN FICTA), administrado en su momento por el extinto I.S.S y hoy por LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., todo conforme a lo considerado.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción por la pasiva y sobre las demás propuestas hay declaración ínsita conforme a lo considerado.

QUINTO: DECLARA la buena de las pasivas, no obstante, no es suficiente por si sola para enervar el derecho de la parte demandante.

SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES S.A., en ambos radicados, a recibir el capital pensional procedente del FONDO PRIVADO REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, INCLUYENDO LOS DESCUENTOS HECHOS EN SU 100%, DESDE LA GENESIS DEL TRASLADO Y HASTA QUE SE DEVUELVAN en su totalidad, CON INTERESES, RENDIMIENTOS FINANCIEROS Y DEMÁS, traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado SEGÚN HISTORIA LABORAL DE APORTES O COTIZACIONES, y sobre el cual cotizo el demandante, todo conforme a lo considerado

SEPTIMO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a que los descuentos hechos por ella misma, durante el tiempo que dure afiliado a dicho fondo privado, siendo el determinante del traslado, tiene que devolver los recursos que fueron descontados de entrada para gastos de administración, pagos de seguros previsionales y demás, tiene que devolverlos en su 100% completos sin ninguna merma e incluso indexados a la fecha de cumplimiento de la sentencia, y el fondo en el cual están hoy los recursos devolverla los recursos destinados al pago prestación pensional con intereses legales moratorios, frutos financieros generados, integrándose a ellos lo que fue objeto de mermas debidamente indexados, devolución así ordenada hasta el último de los recursos

recibidos a la fecha de devolución efectiva a COLPENSIONES S.A., precisando el tiempo de cotizaciones y el IBC realizado en cada cotización, todo conforme a lo considerado.

OCTAVO: CONDENAR en costas a la pasiva y a favor de la demandante, se fijan las agencias en \$2.320.000 A CARGO DE PORVENIR S.A., y sin condena frente a COLPENSIONES por no haber sido la determinante del traslado y por tener que ser parte del proceso como fondo del cual parten los demandantes en su traslado ineficaz declarado, su posición defensiva es natural y obvia frente al gran compromiso que se le impone con la sentencia.

NOVENO: ORDENAR así fuere apelado esta sentencia en su oportunidad, por parte de COLPENSIONES S.A., se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.”

2.2 Fundamento de la decisión

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

- Que el litigio se fijó en establecer si es procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS por la indebida o nula información que suministró el fondo privado que determinó el traslado, cuya consecuencia sería la devolución de todos los dineros depositados por la actora a las AFP, incluyendo los valores descontados, así mismo, si se debe ordenar a COLPENSIONES recibir a la demandante y corregir la historia de cotizaciones, teniendo como única afiliación válida la del RPMPD.

- Resaltó que en el presente caso el despacho sigue la línea jurisprudencial que se ha sentado por la Corte Suprema de Justicia, la cual expresa que al haberse presentado una negativa indefinida la carga de la prueba se traslada a la parte demandada. Por lo que en este caso es POVENIR S.A quien debe presentar la prueba de habersele brindado información al momento del traslado a la demandante y esta solo se limitó a demostrar dicha información necesaria con el formulario de traslado y este no es suficiente para probar que se haya dado la información necesaria y transparente, este solo sirve como un requisito para efectuar el traslado al régimen.

- Por lo que, al no haberse demostrado la suministración de la información necesaria al momento del traslado de régimen, se genera la ineficacia del traslado por lo que se entenderá que nunca existió dicho traslado y que la persona siempre estuvo en el régimen de prestación definida, por lo tanto, todos los recursos aportados a las AFP privadas deben devolverse íntegramente, incluyendo los gastos de administración, seguro provisionales y otros. En caso de existencia de mermas deben ser asumidas por quien determinó el traslado en este caso PORVENIR S.A de su propio peculio con base a la línea jurisprudencial que ha sentado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 31989 del 9 de septiembre de 2008; SL 9464 del 2018 y SL 1421 del 2019.

3 DE LA IMPUGNACIÓN

3.2 De las demandadas

La apoderada de **COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación contra lo resuelto por el *a quo*, señalando lo siguiente:

- Que se opone a la decisión proferida por el juez *a quo*; ya que no es posible aceptar el traslado de la demandante nuevamente al RPMPD teniendo en cuenta lo expresado por esta en su interrogatorio de parte, donde expresó que realizó dicho traslado de manera voluntaria. A su vez que llenaron los requisitos exigidos por la Ley para efectuar dicho traslado y que la duración de la afiliación de la demandante en RAIS fue por más de 20 años. Por último resalta que no es posible efectuar un traslado actualmente ya que la actora no cumple con el requisito que establece la Ley respecto de que máximo se puede trasladar de régimen 10 años antes a cumplir la edad de pensión.

La apoderada de **PORVENIR S.A**, interpuso recurso de apelación contra lo resuelto por el *a quo*, señalando lo siguiente:

- Que se opone a la decisión proferida por el juez *a quo*; frente a la ineficacia mantiene lo establecido en los alegatos y frente a la condenas proferidas en contra de porvenir solicita que se revoquen teniendo en cuenta el inciso final del artículo 964 del código civil, en toda restitución de frutos se abonaran los gastos ordinarios que se han invertido en producirlos, por lo que se le debe reconocer a PORVENIR S.A quien fue el encargado de generar los rendimientos y los frutos, por lo que no se debe ordenar restituirle los gastos de administración y las comisiones de acuerdo a la Ley 100 de 1993 estos son la retribución por los servicios prestados y se utilizara para cubrir los costos en la producción de los frutos, adicionalmente resalta que la existencia de situaciones jurídicas consolidadas, ya que para este caso el fondo PORVENIR prestó sus servicios por todo el tiempo en que la demandante ha estado afiliada al fondo y se lograron los rendimientos año tras año, por lo que resulta imposible dejar sin efectos los servicios prestados, al igual que las primas por invalidez, vejez o muerte, ya que las aseguradoras prestaron sus servicios, no puede dejarse sin efectos situaciones de terceros ajenos a este proceso.

- Por lo tanto, en caso de declarar la nulidad o ineficacia del traslado, no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual pues la consecuencia de dicha situación se debe presumir que nunca existió una relación con el RAIS, por lo que tales rendimientos no se hubieren generado, no obstante sabiendo que dichos rendimientos son parte de la cuenta de ahorro individual, no se entiende por qué se debe devolver los gastos de administración que remunere la gestión del fondo, que toda vez gracias a la buena administración del fondo, el afiliado ha incrementado su cuenta de ahorro individual.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDADA:**
- **PARTE DEMANDANTE:**

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

7. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguientes:

¿Determina si resulta procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado por la señora JACQUELINE RODRÍGUEZ SÁNCHEZ del RPMPD al RAIS por medio de PORVENIR S.A.?, y de ser procedente, ¿Determinar si la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado implica que PORVENIR S.A. deba devolver, todos los valores que hubiere recibido por capital de cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, como seguros previsionales?

8. CONSIDERACIONES:

Procede esta Sala a determinar si el traslado de la señora JACQUELINE RODRÍGUEZ SÁNCHEZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A y en caso de ser procedente la nulidad y/o ineficacia del traslado, se establecerá si la demandada PORVENIR S.A debe devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido por capital de cotizaciones de la parte demandante, incluyendo bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración y seguros previsionales.

Al respecto el Juez *a quo* concluyó que era procedente declarar la ineficacia, ya que siguiendo la línea jurisprudencial que ha sentado la Corte Suprema de Justicia, la cual expresa que al haberse presentado una negativa indefinida la carga de la prueba se traslada a la parte demandada. Por lo que en este caso es POVENIR S.A quien debe presentar la prueba de haberse brindado información al momento del traslado a la demandante y esta solo se limitó a demostrar dicha información necesaria con el formulario de traslado y este no es suficiente para probar que se haya dado la información necesaria y transparente, este solo sirve como un requisito para efectuar el traslado al régimen. Por lo que, al no haberse demostrado la suministración de la información necesaria al momento del traslado de régimen, se genera la ineficacia del traslado por lo que se entenderá que nunca existió dicho traslado de régimen pensional.

A esta conclusión se opuso PORVENIR S.A. alegando que se según lo establecido en el inciso final del artículo 964 del código civil, en toda restitución de frutos se abonaran los gastos ordinarios que se han invertido en producirlos, por lo que se le debe reconocer a PORVENIR S.A quien fue el encargado de generar los rendimientos y los frutos y de tal forma no se debe ordenar restituirle los gastos de administración y las comisiones de acuerdo a la Ley 100 de 1993 es la retribución por los servicios prestados y se utilizara para cubrir los costos en la producción de los frutos, adicionalmente resalta que la existencia de situaciones jurídicas consolidadas, ya que para este caso el fondo PORVENIR prestó sus servicios por todo el tiempo en que la demandante ha estado afiliada al fondo y se lograron los rendimientos año tras año, por lo que resulta imposible dejar sin efectos los servicios prestados, al igual que las primas por invalidez, vejez o muerte, ya que las aseguradoras prestaron sus servicios, no puede dejarse sin efectos situaciones de terceros ajenos a este proceso.

De igual forma COLPENSIONES presentó recurso de apelación manifestando, que no es posible aceptar el traslado de la demandante nuevamente al RPMPD teniendo en cuenta lo expresado por esta en su interrogatorio de parte donde expreso que realizó dicho traslado de manera voluntaria. A su vez que llenaron los requisitos exigidos por la Ley para efectuar dicho traslado y que la duración de la afiliación de la demandante en RAIS fue por más de 20 años. Por ultimo resalta que no es posible efectuar un traslado actualmente ya que la actora no

cumple con el requisito que establece la Ley respecto de que máximo se puede trasladar de régimen 10 años antes a cumplir la edad de pensión.

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

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

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

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

Cabe recordar que, el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, pues ya los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, exigían de estas cumplir sus funciones con suma diligencia, con prudencia y pericia, dentro de las cuales se entienden: la transparencia, la vigilancia, y el deber de información. Ello, según ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas sino también a las responsabilidades que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación.

Al respecto la sentencia SL1452 de 2019 hace un recuento de las etapas de este deber de información, reiterando que surge con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y que sus decisiones previas identifican que inclusive en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, numeral 1º del artículo 97 impone a las entidades el deber de suministrar la información necesaria a los

usuarios para las operaciones que realicen y que ello implica entender la transparencia como *“una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”*.

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

- (i) La constatación del deber de información es ineludible, pues si desde el principio las AFP tenían el deber de brindar información con el paso del tiempo este grado de exigencia se ha intensificado y los jueces tienen el deber *“de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.
- (ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información**”* dado que *“el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.
- (iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”*, de manera que *“si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo”* el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

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

desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PORVENIR S.A.; pues argumenta la demandante que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario. De tal forma atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

Respecto del material probatorio se tiene que la demandante manifestó haberse afiliado al régimen de prima media administrado por el ISS el 7 de febrero de 1996 y el 1° de noviembre de 1999 hizo efectivo su traslado del RPMPD al RAIS administrado por PORVENIR S.A, hechos que se verifican con el SIAFP aportado por PORVENIR S.A (*Pdf.07 Contestación PORVENIR Pág. 102*); al igual que con la historia laboral aportada por esta misma entidad, donde se evidencia que la demandante empezó a cotizar en PORVENIR en noviembre de 1999 y que anterior a esto tenía semanas cotizadas en entidades públicas (*Pdf.07 Contestación Porvenir Pág. 20-25*).

Se resalta que el formulario de solicitud de vinculación o traslado que tanto hacen énfasis las entidades demandadas no fue aportado y no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento del traslado de régimen pensional, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en la demandante, es decir, la señora JACQUELINE RODRÍGUEZ SÁNCHEZ no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el presunto formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

De acuerdo con lo explicado, en su momento PORVENIR S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, y no aportó prueba alguna que lo confirmara, ya que con las aportadas al proceso no se infiere con certeza que la situación pensional

particular de la actora haya sido estudiada y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a JACQUELINE RODRÍGUEZ SÁNCHEZ donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta de la actora, se ha concluido que PORVENIR S.A, incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y descuentos realizados por gastos de administración y seguro previsional a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: *«...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...»*.

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

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

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

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

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

Lo anterior, teniendo en cuenta que la A.F.P. incumplió su deber de información, hecho que genera consecuencias y efectos jurídicos, que han sido objeto de

pronunciamiento por la Sala de Casación Laboral en su Sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, que señaló:

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

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

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

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

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

“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de

administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”

De lo anterior se desprende, que por los efectos ex tunc de la declaratoria de ineficacia, las AFP están llamadas a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que “a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, **la ineficacia es insaneable** en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad por la actora pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Al declararse para el presente caso la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, esta Sala acoge la postura adoptada en las sentencias SL 2877 de 2.020 y SL4131 del 14 de septiembre de 2.021, por lo tanto, las cosas deben volver a su estado anterior.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 10 de febrero de 2023. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas apelantes.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 10 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las demandadas PORVENIR S.A, y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belén Quintero G.

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Magistrado



DAVID A.J. CORREA STEER

Magistrado (Con Salvamento de voto)



República de Colombia

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

SALVAMENTO DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Radicado: n.º 540013105004 2022 00032 01

Partida Tribunal: 20313

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por
JACQUELINE RODRÍGUEZ SÁNCHEZ contra la
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE**
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

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

Lo anterior, en observancia de lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en

las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

Así las cosas, para el suscrito Magistrado, surgen interrogantes como: **¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante, quien para el 1.º de abril de 1994, ni siquiera se encontraba afiliada al Sistema General de Pensiones, e inició la formación de su derecho de pensión sólo a partir del día 26 de febrero de 1996?** (Las negrillas son mías).

En esa medida, para el mes de abril de 1994, la demandante no se encontraba afiliada a ningún fondo pensional, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su traslado posterior a PORVENIR S.A., le cercenó ese derecho.

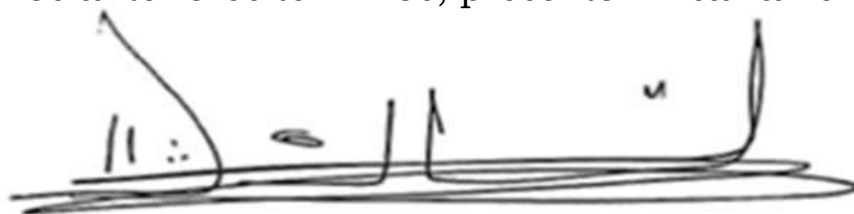
Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452-2019, se debe advertir que no se desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad; sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, per se, no afecta, ni la validez, ni la eficacia del acto jurídico mismos de afiliación, salvo

que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); no obstante, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Además de lo anterior, no se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 ídem.

Tampoco, se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la A.F.P. PORVENIR S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

En los anteriores términos, presento mi salvamento de voto,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'DAVID A. J. CORREA STEER', with a stylized flourish at the end.

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado