



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 cinco (05) de junio dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-004-2022-00147-02 P.T. No. 20.340

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE ELBA ALBARRACÍN ORTEGA.

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRAS.

FECHA PROVIDENCIA: CINCO (05) DE JUNIO DE 2023.

DECISION: “**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada, proferida el 2 de febrero de 2023, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva. **SEGUNDO:** Sin condena en costas en segunda instancia, de conformidad con lo expuesto en la motiva. **TERCERO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de EDICTO, atendándose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy nueve (9) de junio de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy catorce (14) de junio de 2023, a las 6:00 p.m.

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO



República de Colombia

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

**DAVID A. J. CORREA STEER
MAGISTRADO PONENTE**

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ELBA ALBARRACÍN ORTEGA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.**

EXP. 540013105004 2022 00147 02

P.I. 20340

San José de Cúcuta, cinco (5) de junio de dos mil veintitrés (2023).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, integrada por los Magistrados **NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES, JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA y DAVID A. J. CORREA STEER**, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en

favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 2 de febrero de 2023, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, por lo cual se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, se declare la ineficacia y se deje sin efectos el traslado y afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a COLFONDOS S.A., en el mes de marzo de 1998; así como, el traslado realizado en el mes de octubre de 2004 ante PORVENIR S.A.; por consiguiente, se ordene su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, se condene a PORVENIR S.A., a trasladar todos los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, lo que resultare ultra y extra petita y las costas procesales a cargo de las demandadas.

Como sustento de lo deprecado, manifestó que nació el 28 de abril de 1965; se afilió inicialmente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el I.S.S., hoy COLPENSIONES, desde el día 25 de enero de 1982, y hasta el 31 de enero de 1998, para un total de 853,57 semanas cotizadas en dicho régimen.

Destacó, que en el mes de marzo de 1998, fue afiliada a COLFONDOS S.A., donde permaneció hasta el mes de septiembre de 2004, luego, en octubre de 2004, se trasladó a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, hoy PORVENIR S.A., y cuenta con un total de 2.222 semanas de cotización al sistema general de pensiones.

Precisó, que fue inducida a afiliarse a COLFONDOS S.A., y ninguno de los fondos de pensiones le brindó una asesoría cierta,

clara, precisa y oportuna sobre el cálculo de la pensión de vejez, no hicieron un ejercicio comparativo de las liquidaciones pensionales en ambos regímenes pensionales, no le informaron la restricción contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Por último, señaló que en agosto de 2020, solicitó traslado ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, petición que fue resuelta de forma negativa por ambas demandadas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida el 24 de agosto de 2022, se ordenó la notificación y traslado a las demandadas, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para obtener su contestación. (Archivo n.º004).

COLFONDOS S.A., en total desacuerdo con lo pretendido en la demanda, manifestó que la afiliación realizada por la actora se dio en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección; aunado a ello, los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, razón por la cual, no era dable concluir que el traslado de régimen era nulo, por cuanto el acto cumplió con todos los presupuestos de ley, y el formulario de vinculación contiene la firma de la demandante, sin que esté viciado el consentimiento.

Planteó como medios exceptivos de mérito: *“inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la*

afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción, compensación y pago". (Archivo n.º 010)

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones dirigidas en su contra, señaló que la demandante no allegó prueba que permita concluir que el traslado se dio por incumplimiento del deber de información, pero en todo caso, destacó que la actora suscribió el formulario de manera libre y voluntaria, completamente informada, toda vez que recibió la asesoría verbal correspondiente.

Formuló como excepciones de fondo *“prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe”* (Archivo n.º 11).

COLPENSIONES, en oposición a las pretensiones de la demanda, manifestó que la escogencia y afiliación de un determinado régimen debe ser voluntaria y libre, lo cual a su juicio ocurrió en el caso de la demandante, y ante la ausencia de elemento alguno que permita dar cuenta que se presentó una falta de información, carecía de fundamentos las pretensiones de la demanda.

Propuso como excepciones de fondo: *“Buena fe, inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, prescripción, Cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, Inoponibilidad por ser tercero de buena fe, Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, Juicio de proporcionalidad y ponderación, no procede la declaratoria de*

ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante se trate de una persona que ya se encuentre pensionada en el régimen de ahorro individual en cualquiera de sus modalidades, Innominada o genérica.” (Archivo n.º12).

La **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, mantuvo silencio tras notificación de fecha 5 de diciembre de 2022 (Archivo 015).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, el día 2 de febrero de 2023, profirió sentencia, de la cual se transcribe la parte resolutive pertinente en este proceso, en los siguientes términos:

“PRIMERO: (...) b) DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de la parte demandante ELBA ALBARRACÍN ORTEGA cédula 27.818.654, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad determinado por COLFONDOS S.A, en fecha 1.º marzo de 1998, y a HORIZONTE hoy PORVENIR 2014-01-01 efectivo folio 65 pág. SIAFP ASOFONDOS, archivo “11 digital PDF, todo 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 ambos radicados, todos los valores que hubiere recibido desde el traslado y hasta el cumplimiento efectivo de la sentencia, el capital que tenga, como quiera que es el último fondo quien tiene los recursos, 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 lo 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, señalamos para el efecto (artículo 20 inciso 3 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 Ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 Ley 100 de 1993), precisando, que son de cargo del fondo pensional (...) COLFONDOS S.A. radicado 2022- 00147-00, la devolución de todos los recursos que fueron objeto de descuento a los demandantes por los conceptos precitados, desde el inicio del traslado y hasta que se devuelvan los recursos en su totalidad a COLPENSIONES S.A, por haber sido el determinador, (...) COLFONDOS en el 2022-00147-00 del traslado de régimen, todo conforme a lo considerado. Término para el cumplimiento 1 mes a la ejecutoria de la sentencia.

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. hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., a la ejecutoria de esta sentencia, por las razones expuestas.

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

QUINTO: Declarar la buena de las pasivas, no obstante, no es suficiente por sí sola para enervar el derecho de la parte demandante en cada proceso.

SEXTO: Condenar a COLPENSIONES S.A., en ambos radicados, a recibir el capital pensional procedente del fondo privado régimen de ahorro individual con solidaridad, incluyendo los descuentos hechos en su 100%, desde la génesis del traslado y hasta que se devuelvan en su totalidad, traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado según historia laboral de aportes o cotizaciones, y sobre el cual cotizó, todo conforme a lo considerado.

SÉPTIMO: Condenar a PORVENIR S.A., a que los descuentos hechos por ella misma como por las demás AFP, siendo el determinante del traslado (...) COLFONDOS S.A., en 2022-00147-00, tienen que devolverlos completos sin mermas, e indexados a la fecha de cumplimiento de la sentencia.

OCTAVO: CONDENAR en costas a la parte pasiva (...) COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A., radicado 2022-00147-00, y a favor de cada uno de los demandantes se fijan las agencias en \$2.320.000 millones de pesos en cada

radicado, excluyendo a COLPENSIONES S.A., por ser obligatoria su presencia en el proceso para poder definir la litis de fondo en ambos radicados. Fundamento legal artículo 365-1 del Código General del Proceso, en concordancia con el Acuerdo PSAA16-10554 artículo 5 numeral 1., primera instancia. Las agencias fijadas se tendrán en cuenta en su momento procesal oportuno para liquidar las costas en ambos radicados.

NOVENO: ORDENAR así fuere apelado esta sentencia en su oportunidad, por parte de COLPENSIONES S.A., en ambos radicados, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior funcional, en razón a que hay condena al imponerse una obligación a COLPENSIONES S.A. Por secretaría se librará la información del caso artículo 14 Ley 1149 de 2007.”

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación contra de la sentencia, indicó que el fondo de pensiones si dio cumplimiento al deber de información como estaba previsto al momento en que se efectuó la afiliación de la demandante, esto es, de manera verbal y con la suscripción del formulario de afiliación, el cual firmó de manera libre, voluntaria y sin coacción, documento que no fue tachado de falso; adujo, que no se tuvo en cuenta que el acto inicial de traslado de régimen no se efectuó a través de dicho fondo, y por tanto, no tuvo injerencia alguna en dicho momento; resaltó, que la actora realizó diferentes traslados horizontales, que presupone la manifestación inequívoca de su voluntad de pertenecer al R.A.I.S., y ratificó el conocimiento que tiene de las características y beneficios propios de las A.F.P., pertenecientes a este régimen.

Asimismo, adujo que la devolución de los rendimientos ordenados, debían guardar consonancia con la ficción jurídica que las cosas se retrotraen a un estado inicial antes del traslado, como si nunca hubiesen existido, por ello, deben tener correspondencia con

aquellos que se hubieran generado en el régimen de prima media con prestación definida, y no como consecuencia de la gestión adelantada por dicha administradora.

Atacó la orden impuesta de devolver mermas, gastos de administración y sumas adicionales, en tanto, tienen una finalidad prevista en la Ley, como lo es, la de administrar el patrimonio, que generó para la actora unas mejoras o rendimientos, contrariando así, las restituciones mutuas establecidas en el artículo 1746 y 1747 del Código Civil; además, con las sumas adicionales la entidad contrató pólizas de seguros para cubrir los riesgos de sobrevivencia e invalidez, sumas que se agotaron y extinguieron, luego, no están en poder del fondo.

Por último, señaló que no había lugar a la indexación impuesta, pues ocasionaría un doble cobro, dado que el traslado ordenado, conlleva la orden de pago de los rendimientos. (Audiencia, minutos 1h:37:52-1h:43:02).

COLFONDOS S.A., presentó recurso de apelación contra de la sentencia, sustentó que la afiliación de la demandante se dio de manera libre y voluntaria; de igual forma, el fondo cumplió con sus obligaciones legales para el momento del traslado realizado por la actora, pues para dicha data, no existía la obligación de resguardar documentales o grabaciones sobre la asesoría otorgada, circunstancia que generó imposibilidad para el fondo de acreditar el consentimiento informado; agregó, que la demandante permaneció afiliada en los fondos privados por más de 20 años, sin manifestar ninguna inconformidad, por lo que ratificó su afiliación al R.A.I.S.

Así mismo, mostró desacuerdo frente a la condena de pago de gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje de garantía de pensión mínima de manera indexada, como se dijo en el numeral segundo, durante el tiempo que la actora permaneció en PORVENIR S.A., pues ello, excede las facultades ultra y extra petita; tampoco se puede condenar al pago de descuentos que no ha efectuado, pues dichas mermas durante el periodo de afiliación a PORVENIR S.A., fueron efectuadas por dicho fondo y es éste quien debe pagarlas; señaló además, que con esa condena se estaría pagando algún tipo de perjuicio, sin cumplir con los requisitos para ello. (Audiencia, minuto 1h:43:10– 1h:45:17).

COLPENSIONES, presentó recurso de apelación contra de la sentencia, en cuanto a las consecuencias de la declaratoria de ineficacia de traslado; señaló, que el traslado de régimen realizado por el demandante, fue de manera voluntaria, en cumplimiento de los requisitos vigentes para la fecha y permaneció por más de 20 años en el R.A.I.S., lo que demostró su intención de permanecer a él; luego, se desconoció lo consagrado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, respecto a la prohibición de trasladarse, cuando a la afiliada le falta 10 años o menos de edad, para adquirir el derecho pensional de vejez. (Audiencia, minuto 1h:45:34 – 1h:47:09).

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

En síntesis, las partes presentaron alegaciones de conclusión en esta instancia, en los siguientes términos:

El DEMANDANTE, luego de traer a colación pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema, solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, pues en su consideración, la decisión

profería estuvo acorde al lineamiento trazado por la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

COLPENSIONES, alegó que al expediente no se demostró que la información suministrada al demandante por parte del fondo privado haya sido insuficiente, por lo tanto, el acto de traslado conservó su validez y eficacia.

PORVENIR S.A., adujo, que siempre actuó de buena fe en relación con el traslado horizontal que realizó la demandante, el cual fue libre, voluntario y consciente, conforme quedó plasmado en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra ajustada a los requisitos establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, siendo dicho documento prueba suficiente de la libertad del traslado y afiliación de la accionante; manifestó, que cumplió con sus obligaciones como administradora, por tanto, no había lugar a la devolución de las sumas destinadas a gastos de administración, primas y porcentajes destinados al fondo de garantía, pero en todo caso, debía respetarse las restituciones mutuas.

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió 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, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL de 13 de may. de 2020, rad. 59412, y CSJ STL3716-2020, así como también a la postura del Honorable Magistrado

Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando 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.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de la administradora demandada. En particular, deberá observarse el efecto de la declaración de ineficacia del traslado.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 28 de abril de 1965 (archivo 002 pág.2), **ii)** la actora estuvo inicialmente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces I.S.S., hoy COLPENSIONES, desde el día 25 de enero de 1982, y cotizó un total de 832,57 semanas en pensión (Archivo 001, pág. 4); **iii)** según consta en el consulta SIAFP, allegada por PORVENIR S.A., la demandante se afilió efectivamente a COLFONDOS S.A., el 1.º de marzo de 1998, donde permaneció hasta el 31 de octubre de 2004 (Archivo 11 pág. 65); **iv)** posteriormente, el 1.º de noviembre de 2004, se movilizó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., hasta el 31 de diciembre de 2013, y desde el 1.º de enero de 2014, se trasladó a PORVENIR S.A., (Archivo 11 pág. 65), circunstancia que además, se encuentra certificada por la entidad en (Archivo 011 pág 35); A.F.P. a la que

actualmente se encuentra vinculada y acumula un total de 1415 semanas cotizadas. (Archivo 011, pág. 45).

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b), estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibidem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, la entrega de una comunicación escrita donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones. Y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación (de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones) estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación. Norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, la sentencia CSJ SL de 9 sep. 2008, rad. 31989, reiterada en la CSJ SL de 6 dic. 2011, rad. 31314, dijo:

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la

Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la

información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) 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.

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.

(...) 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 cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante efectuó traslado a COLFONDOS S.A., el 1.º de marzo de 1998, donde permaneció hasta el 31 de octubre de 2004 y, el 1.º de noviembre de 2004, se movilizó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., hasta el 31 de diciembre de 2013, y desde el 1.º de enero de 2014, se afilió a PORVENIR S.A., siendo éste su último fondo de pensiones. Cabe anotar, que si bien en el presente caso no se allegó el formulario de afiliación inicial realizado en el año 1998, las demandadas, en sus escritos de contestación e incluso en el recurso de alzada, adujeron que la decisión que adoptó la demandante fue libre y voluntariamente, y así quedó plasmado en el formulario por ella firmado, no obstante, esa sola afirmación no acredita que en efecto

se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (…)”¹

Por su parte, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre el demandante y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

¹ CSJ STL8125-2020.

Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto 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.”²

Posición esta, que fue replicada en la sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la A.F.P. accionada, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, al estudiarse el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, debe indicarse, que frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos, cotizaciones –obligatorias y voluntarias, si las hubiere-, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración, de la garantía de pensión mínima y del seguro previsional, debidamente indexados, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló en sentencia CSJ SL1421-2019:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta 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.”

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparea que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por ello, cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallaban de no haber existido el acto de traslado, por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, las administradoras del fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., están obligadas a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, entre ellos, cotizaciones –obligatorias y voluntarias, si las hubiere-, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros, frutos e intereses, gastos de administración, lo aportado a la garantía de pensión mínima, debidamente indexados, como en efecto lo ordenó el *A quo*, y todas aquellas sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión

es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”, por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Todas las anteriores consideraciones, a juicio de la Sala, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** entre regímenes de ahorro individual con solidaridad y el Régimen de Prima Media, hasta la actualidad en la entidad PORVENIR S.A.; por lo que dicha entidad (PORVENIR S.A.), administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada deberá trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes que se hayan dado en virtud de la afiliación de la demandante, estén en su cuenta, sean bonos pensionales no redimidos o negociados, dineros de la aseguradora, moratorias o intereses, junto con las sumas de seguro previsional, lo aportado a la garantía de pensión mínima, y comisiones gastos de administración, sin descuentos, debidamente indexados. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en segunda instancia, por haberse surtido conjuntamente el grado jurisdiccional de consulta.

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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida el 2 de febrero de 2023, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin condena en costas en segunda instancia, de conformidad con lo expuesto en la motiva.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de EDICTO, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER.



NIDIAM BÉLEN QUINTERO GELVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA