



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

CONSTANCIA SECRETARIAL: Debido a la suspensión de términos con ocasión de la contingencia informática que se presentó en el País, habida cuenta que la sentencia en referencia se registró en el sistema el 11 de septiembre de 2023, se fija el presente edicto en la fecha, dando publicidad, así:

E D I C T O

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

H A C E S A B E R:

Que el once (11) de septiembre dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-004-2022-00292-01 P.T. No. 20.546
NATURALEZA: ORDINARIO
DEMANDANTE: DANNY GINETTE CONTRERAS VELASCO.
DEMANDADO: COLPENSIONES y OTRA.
FECHA PROVIDENCIA: ONCE (11) DE SEPTIEMBRE DE 2023.
DECISION: **“PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada, proferida el 29 de mayo 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.”

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy veintiséis (26) de septiembre 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 **DANNY GINETTE CONTRERAS VELASCO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, y **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

EXP. 5400131050042022 00292 01

P.I. 20546

San José de Cúcuta, once (11) de septiembre 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 PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, así como, surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia proferida el 29 de

mayo 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/o nulidad del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el día 27 de noviembre de 1999. En consecuencia, solicitó se ordene el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, se condene a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los valores obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, tales como, saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, intereses y rendimientos, como también, a asumir las mermas sufridas en el capital por los gastos de administración en que hubiere incurrido; se ordene a COLPENSIONES, a aceptar el traslado. Finalmente, solicitó se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que inicialmente estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, desde el 3 de noviembre de 1993 hasta el 31 de diciembre de 1999.

Señaló, que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A., el 27 de noviembre de 1999, y no recibió por parte de la A.F.P., información cierta, clara, completa, comprensible, y suficiente, sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas, y riesgos de efectuar el traslado.

Así mismo, radicó reclamación administrativa a COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., en fecha 3 de agosto de 2022, la cual fue resuelta negativamente por las entidades.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La demanda fue admitida el 24 de noviembre de 2022, se ordenó su notificación y traslado a las demandadas; se anota que aun cuando no se dispuso la notificación a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, y a la PROCURADURÍA DELEGADA PARA ASUNTOS LABORALES, la misma se llevó a cabo el día 25 de noviembre de 2022 (Archivo n. °006, y 012).

COLPENSIONES, en oposición a todas las pretensiones dirigidas en su contra, sostuvo, 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, por lo que consideró que no había lugar a la declaratoria de ineficacia de dicho traslado; así mismo, señaló, que ante la ausencia de elemento alguno que diera cuenta que se presentó una falta de información, las pretensiones de la demanda carecían de fundamento.

Formuló como excepciones de mérito: *“Buena fe, inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, prescripción, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, no procede la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen*

pensional, en los casos en que la parte demandante se trate de una persona que ya se encuentra pensionada en el régimen de ahorro individual en cualquiera de sus modalidades, innominada o genérica.” (Archivo n.º007).

PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, y señaló, que la vinculación de la demandante al R.A.I.S., es válida y se efectuó en uso de derecho de libre elección de régimen, bajo su mera liberalidad, y con el suministro suficiente de información necesaria, requisitos y características propias del régimen privado; además, el acto jurídico se consolidó por el paso del tiempo, y se realizó con pleno conocimiento de la demandante, tras llevar más de 23 años afiliada a este régimen.

Propuso como excepciones de fondo: *“Cumplimiento de las obligaciones propias del objeto y de la naturaleza jurídica de porvenir S.A., validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia de la obligación reclamada, falta de título y causa de la demandante, cobro de lo debido, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción sin aceptación de la obligación, innominada o genérica, compensación”* (Archivo 009)

La **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, y la **PROCURADURÍA DELEGADA PARA ASUNTOS LABORALES**, se notificaron en debida forma el 25 de noviembre de 2022, guardaron silencio (Archivo 012).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de 29 de mayo de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la parte demandante DANNY GINETTE CONTRERAS VELASCO c.c. 60.334.992, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A., a COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., en fecha 99-11-27(sic), y las subsiguientes, 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, 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, señalamos para el efecto (artículo 20 inciso 3.º Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7.º Ley 797 de 2003, y literal b) artículo 60 Ley 100 de 1993), precisando muy especialmente que son de cargo del fondo pensional PORVENIR S.A, como determinante del traslado de régimen, la devolución de todos los recursos que fueron objeto de descuento a la demandante por los conceptos precitados desde el inicio del traslado y hasta que se devuelvan los recursos en su totalidad a COLPENSIONES S.A, por haber sido el determinador del traslado de régimen, todo conforme a lo considerado. Término para el cumplimiento 1 mes a la ejecutoria de la sentencia.

TERCERO. -DECLARAR que el demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliada 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. - Declarar la buena de la pasiva, no obstante, no es suficiente por si sola para enervar el derecho de la parte demandante.

SEXTO: Condenar a COLPENSIONES S.A., 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, 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 el 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 las pasivas, y a favor del demandante, se fijan las agencias en \$2.320.000 a cargo de PORVENIR S.A., con condena frente a COLPENSIONES, por su oposición a lo pretendido,

se fijan las agencias en la suma de \$1.160.000, su posición defensiva es natural y obvia frente al gran compromiso que se le impone con la sentencia. Fundamento legal artículos 365 numeral 1.º del Código General del Proceso, en conc. Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 artículo 5.º. Al liquidar las costas se incluirán las agencias respectivas que se ordenan.

NOVENO. -ORDENAR así fuere apelado esta sentencia en su oportunidad, por parte de COLPENSIONES S.A., 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 secretaria se libraré la COMUNICACIÓN del caso artículo 14 Ley 1149 de 2007.”

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES, presentó recurso de apelación contra la integralidad de la sentencia, señaló, que frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, pues éste se llevó a cabo de manera voluntaria, y con el cumplimiento de los requisitos que para la fecha exigían; así mismo, su permanecía al R.A.I.S., ha sido por un periodo mayor a 10 años, por lo que, además, se incumplió lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sobre el límite temporal permitido para efectuar el traslado. Preciso, que las responsables del traslado fueron las aseguradoras del fondo privado, por lo que no se podía endilgar responsabilidad a COLPENSIONES. (Audiencia, 1:44 min - 3:05 min).

PORVENIR S.A., fundamentó su recurso de alzada, en la inconformidad frente a la declaratoria de ineficacia de la afiliación, toda vez que dentro del proceso no se demostró la supuesta indebida asesoría que adujo la demandante, y por el contrario, quedó acreditado dentro del proceso que la A.F.P., actuó bajo los presupuestos legales, por lo, que es inválido endilgarle a dicho fondo

una indebida asesoría, tras haber transcurrido más de 23 años de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; resaltó, que la afiliación al R.A.I.S., se realizó mediante formulario de afiliación el cual goza de plena validez, además, en el periodo que estuvo vinculada la demandante, no manifestó inconformidad.

Se opuso a la devolución de los rendimientos y pagos de la cuota de administración, pues señaló, que éstos son productos de la administración realizada por el fondo, durante todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada, luego se estaría ante un enriquecimiento sin justa causa; de igual forma, en relación con la prima del seguro previsional por invalidez, vejez, muerte, debido a que las aseguradoras son terceros ajenos al proceso. (Audiencia minuto 5:48 min a 8:42)

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

La **DEMANDANTE**, peticionó la confirmación del fallo de primera instancia, por estar ajustada a derecho, toda vez que al momento del traslado nunca recibió por parte del fondo privado una explicación, clara, veraz, completa, y comprensible del traslado del régimen pensional, menos una asesoría de las ventajas y desventajas entre los regímenes pensionales.

COLPENSIONES, alegó, que en el proceso de primera instancia, no se demostró que la información suministrada a la demandante por parte del fondo privado haya sido insuficiente, y que el acto por el cual se ejecutó el traslado de régimen conservó su validez. Resaltó, que el traslado realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se llevó a cabo bajo el derecho a la libre elección que le asiste a la actora, por lo tanto, deprecó su absolución de las condenas impuestas.

PORVENIR S.A., insistió en la revocatoria de la sentencia de primera instancia, dado que cumplió con todos los requisitos exigidos por la normatividad para su validez, y no se probó dentro del proceso la indebida asesoría por parte del fondo; recabó, que para la fecha en la que se realizó el traslado al R.A.I.S., sólo se exigía el diligenciamiento del formulario de afiliación, el cual fue debidamente suscrito por la demandante. Reiteró su argumento sobre la improcedencia de la devolución de las cuotas de administración, toda vez que se tratan de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, por lo que no se podía desconocer la gestión realizada.

VI. ACLARACIÓN PREVIA.

Sea oportuno señalar que el suscrito Magistrado Ponente, en atención a la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, 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, en observancia de 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 29 de noviembre de 1962; **ii)** laboró para el HOSPITAL SAN NORBERTO DE DURIANA, desde el 3 de noviembre de 1993 hasta el 2 de noviembre de 1994, por lo que reporta un total de 52,14 semanas cotizadas en entidades públicas (Archivo n.º10); **iii)** el 18 de mayo de 1995, se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado en su momento por el I.S.S., hoy COLPENSIONES, donde cotizó hasta el 31 de diciembre de 1999, un total de 202,57 semanas (Archivo n.º008); **iv)** solicitó el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante COLPATRIA, el 27 de noviembre de 1999, efectiva a partir del día 1.º de enero de 2000; luego por cesión por fusión pasó a HORIZONTE, el 29 de septiembre de 2000, y por la misma circunstancia, se movilizó a PORVENIR S.A., a partir del 1.º de enero de 2014, A.F.P., a la que actualmente se encuentra vinculada, y acumula un total de 1117,4 semanas cotizadas. (Archivo n.º 010, pág. 1 a 18, 44, y 48 a 56).

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 Honorable 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 desvirtuarse 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 desde el 27 de noviembre de 1999, ante COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., y aparece consolidado el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad en el fondo antes mencionado; sin embargo, aunque la pasiva alegó que en el formulario de traslado se dejó constancia de la decisión que adoptó la demandante fue libre y voluntariamente, basta indicar que 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 actor 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.

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

¹ CSJ STL8125-2020.

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, y en atención al reparo formulado por PORVENIR S.A., debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la parte 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, que 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 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

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

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 aparece 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, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada, PORVENIR S.A., devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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, y todas aquellas sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual de la actora, 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 juzgado de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, 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 29 de mayo 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

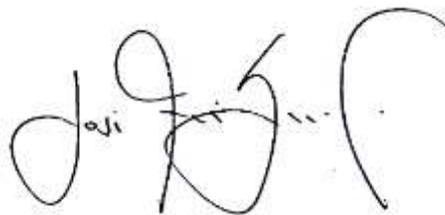
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER.



NIDIAM BÉLEN QUINTERO GELVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA