



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 quince (15) de agosto dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-002-2022-00333-02 P.T. No. 20.588

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR RUBIO ALVARADO

DEMANDADO: COLPENSIONES y OTRA.

FECHA PROVIDENCIA: QUINCE (15) DE AGOSTO DE 2023.

DECISION: “**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada proferida el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 22 de junio de 2023, por las consideraciones expuestas. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, esto es a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a favor del demandante MARIA DEL PILAR RUBIO ALVARADO. **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.”

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 agosto de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy veinticuatro (24) de agosto de 2023, a las 6:00 p.m.

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Juzgado Segundo Laboral Circuito de Cúcuta
Rad. Juzgado: 54 001 31 05 002 2022 00333 01
Partida Tribunal: 20.588
Demandante: MARIA DEL PILAR RUBIO ALVARADO
Demandada (o): COLPENSIONES- PORVENIR.
Tema: NULIDAD DE TRASLADO
Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

MAGISTRADO PONENTE **Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

San José de Cúcuta, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de alzada presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A, y surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día **22 de junio de 2023**, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54 001 31 05 002 2022 00333 01 y partida de este Tribunal Superior No. 20.588 promovido por la señora MARIA DEL PILAR RUBIO ALVARADO a través de apoderado judicial contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, S.A.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretende que, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación que realizó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA administrado hoy por COLPENSIONES a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVERNIR S.A., por la indebida y nula información que suministro el fondo privado, para convencerla que se trasladara de régimen, en consecuencia, que se ORDENE a la demandada PORVENIR, trasladar a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la Cuenta de Ahorro Individual y que la administradora reciba los dineros sin solución de continuidad, corrija y actualice la historia laboral, y a la condena en costas procesales.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en que, laboró desde el 1º de octubre de 1991 hasta el 1º de julio de 1992 inclusive en el Hospital San Vicente de Arauca, estuvo afiliada y cotizando en pensiones en el régimen de prima media con prestación definida entonces representado por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL y/o por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES. Que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. la trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la firma del formulario de vinculación realizada el veintiocho (28) de agosto del año mil novecientos noventa y cuatro (1994). Asegura que no recibió del fondo privado, información o explicación cierta, veraz, clara, completa, comprensible y suficiente sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas o desventajas que estaba asumiendo al efectuar su traslado del régimen de prima con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Que presentó reclamación administrativa ante Colpensiones, el tres (3) de agosto de 2022, tendiente a obtener la posibilidad de regresar al régimen de prima media, y la administradora respondió negativamente con oficio fechado el cuatro (4) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Que presentó reclamación administrativa ante la A.F.P. PORVENIR S.A., el tres (3) de agosto de 2022, tendiente a obtener la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual y la posibilidad de regresar al régimen de prima media y el fondo, dio respuesta adjuntando copia del formulario de traslado y la relación histórica de los aportes efectuados.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, EICE., actuando por medio de apoderado judicial contestó la demanda, manifestando no constarle los hechos y oponiéndose a todas las pretensiones, alegando que, el traslado está fundamentado en el principio de la escogencia y afiliación a un determinado régimen de pensiones, y 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.

Señala que, en el asunto examinado, no se logra colegir la ausencia de alguno de los elementos anteriormente mencionados, ni tampoco que la demandante fuese engañada y conducida a un error en su convencimiento. Por el contrario, se evidencia la manifestación libre y voluntaria de permanecer al régimen de ahorro individual con solidaridad y a su vez, la validez del formulario de afiliación que perfeccionó tal voluntad.

Que no es procedente el traslado por estar incurso en lo establecido por el literal B) del art. 13 de la ley 100 de 1993; y, el literal E) Modificado por la Ley 797 de 2003, por estar a menos de diez (10) años para pensionarse.

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

LA AFP PORVENIR S.A., a través de su apoderado judicial manifestó que no le constan los hechos, se opone a la totalidad de pretensiones principales incoadas por el demandante, alegando que, no existió error de hecho al momento de la vinculación, puesto que, la demandante, se trasladó al régimen de ahorro individual con la AFP PORVENIR S.A., una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida por haber pertenecido al mismo, para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales.

Que de acuerdo con la suscripción del formulario N°152700 el día 28 de agosto de 1994, documento público que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT- el demandante da fe de la declaración escrita a que hace referencia el literal e) del artículo 114 de la ley 100 de 1993, cuyo texto es el siguiente: *“Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, así como la selección de la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir para que sea la única que administre mis aportes pensionales y también declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.”*

Afirma que, el fondo le garantizó el derecho de retracto a la parte actora, como lo dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, y la modificación introducida por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 reglamentado por el Decreto 3800 del mismo año, ya que, el 14 de enero de 2004, publicó en el diario el Tiempo un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003.

Que el artículo 271 de la ley 100 de 1993, opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema; es decir contra conductas dolosas, que en este caso ni se alegan ni se acreditan de parte del demandante. Asegura que la parte demandante pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de mérito: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, la compensación, las restituciones mutuas y la genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 22 de junio de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia EN SENTIDO ESTRICTO de la afiliación de la señora MARÍA DEL PILAR RUBIO ALVARADO a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR SA** suscrita el 28 de agosto de 1994 por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la el trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad no surte efectos.

Segundo: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTÍAS PORVENIR SA a devolver al RPMPD todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, 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 hubieran causado, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. Así mismo, asumir con su patrimonio los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubieran causado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 20 y 60 de la ley 100 de 1993, en que hubiere incurrido inclusive de manera indexada.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a que proceda aceptar el traslado de MARÍA DEL PILAR RUBIO ALVARADO del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida.

CUARTO: COSTAS a cargo de cada una de las demandadas. Fijar agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV en contra de cada una de las demandadas y en favor de la demandante.

QUINTO: REMITIR EXPEDIENTE a la OFICINA JUDICIAL para que se surta la CONSULTA.”

El Juez A quo dio por probado y aceptado por las partes que, la demandante se afilió inicialmente al RPMPD – CAJANAL, y en junio 1994 traslado a PORVENIR S.A. en el que se encuentra actualmente. Se corroboró con la historia laboral y las alegaciones de las partes.

Analizó las características de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la validez de los regímenes pensionales; que las características del sistema pensional son en forma general: que es obligatoria, libre y voluntaria, y el empleador se somete a sanciones por atentar contra su afiliación.

Que en sentencias SL1688-1689/2019 y 3464 la CSJ señaló que la sanción impuesta por la falta de asesoría y deber de información de los fondos administradores es la de declarar la nulidad del traslado.

Que las administradoras de fondos de pensiones tienen la carga de demostrar que realizó la información debida al afiliado sobre las ventajas y desventajas del traslado, tal como lo señaló la CSJ en sentencia del 18/10/2017, Rad. 46292.

Sostuvo que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información a la demandante al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado PORVENIR S.A.

Que, a folio 72 del archivo 10 el expediente digitalizado, se allegó el formulario de vinculación o traslado de la demandante al fondo de pensiones demandado de fecha 28 de agosto del año 1994, del cual se acepta que fue suscrito por éste y en el que se dejó plasmado que se traslada al régimen, accedió de manera voluntaria, esto es, *que se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones*, sin embargo, se tiene que esas calidades no se encuentran acordes con lo desarrollado en la jurisprudencia actual, ya que la información que debió haber sido suministrada, *no debe ser una simple expresión genérica como la que se construyó en el formulario financiero*, en virtud de ello, la carga de la prueba que emanaba a cargo de PORVENIR, no cumplió con las exigencias mencionadas respecto a los postulados de la seguridad social, esto es, no aportó ningún elemento probatorio de la información suministrada.

Que el interrogatorio absuelto por la demandante, no logró su cometido, ya que este ratificó lo incoado en la demanda, esto es, la falta de deber de información en el momento del traslado, por lo que, se hace prospera la pretensión para declarar la ineficacia del traslado de RPMPD al RAIS.

Que la prescripción no prospera conforme lo ha dicho la CSJ en sentencia SL1689/2019, esto es, por ser imprescriptible reclamándose en cualquier tiempo.

Que las consecuencias de la ineficacia, es el retorno a RPMPD y la devolución de todos los ahorros, rendimientos, gastos de administración inclusive de manera INDEXADA según lo dispuso la sentencia SL5686/2021 y demás a cargo de los fondos del RAIS de su propio patrimonio por la ausencia al deber de información.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, inconforme con la decisión proferida por el Juez A quo, interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que no es posible aceptar el traslado al RPMPD ya que el ISS no tuvo injerencia en el traslado

de régimen que se discute y la demandante se trasladó libre y voluntaria de régimen. Igualmente, sostiene que se demostró durante el transcurso del proceso, que la demandante recibió una debida y comprensible información al momento de ser trasladada y la misma, no se interesó en averiguar las condiciones de su cambio; asegura que el único objetivo para solicitar su regreso al RPMPD es el monto de la pensión, desconociendo que cada régimen es diferente y están reguladas de forma distinta. Que no es posible el traslado porque cuenta con menos de 10 años para pensionarse y la ley dispone que no puede trasladarse de régimen, tal como lo ha señalado en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional. Por último, se opuso a la condena en costas procesales.

PORVENIR S.A. a través de apoderada judicial interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de manera parcial, en lo que respecto al ordinal segundo que ordenó INDEXAR las sumas que debe devolver, argumentando que, constituiría una doble sanción, esto es, que al devolver los rendimientos financieros superaría con creces la supuesta pérdida de la moneda; trajo a colación la sentencia SL9316/2016, y señaló que las obligaciones de las AFPs es generar rentabilidad, razón por la que, es incompatible y excluyente ordenar la INDEXACIÓN.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

LA PARTE DEMANDANTE solicitó confirmar en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia.

PORVENIR S.A. ratificó en su totalidad los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y el recurso de apelación.

COLPENSIONES ratificó los argumentos del recurso de apelación.

Una vez cumplido el término para presentar alegatos, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VI. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA. La Sala asume la competencia para decidir los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001; igualmente, por haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, una carga presupuestaria a COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por la demandante MARIA DEL PILAR RUBIO ALVARADO en agosto de 1994 desde el RPMPD-CAJANAL hoy COLPENSIONES a LA AFP PORVENIR SA.
2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, determinar cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, para PORVENIR S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones.

Se eexaminará si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y si es procedente en esta instancia, analizar de fondo la condena en costas procesales.

Análisis probatorio

A fin de resolver lo anterior, la Sala acatando lo normado en los artículos 60 y 61 del C.P. del T. y de la S.S., tendrá como pruebas los documentos debidamente allegados al plenario tanto por la demandante como por las entidades demandadas, advirtiendo que no se propuso tacha alguna por falsedad respecto de los documentos allegados al plenario. Igualmente se tendrá en cuenta el interrogatorio de parte presentado por la demandante.

Solución del primer problema jurídico.

Dado que lo pretendido por la demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que su transferencia del RPMPD al fondo de pensiones PORVENIR S.A. se dio sin la información suficiente sobre las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento de la demandante para realizar el cambio advertido.

Así las cosas, se hace importante señalar que, de conformidad con lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL3871-2021, SL 3611-2021, SL3537-2021 entre otras, “...*la transgresión al deber de información en tratándose del cambio de sistema pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades regulado por el Código Civil, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto*

por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación”.

Aclarado lo anterior, esta Sala precisa que los afiliados al sistema de seguridad social están facultados para escoger libremente a qué régimen se afilian, tal como lo preceptúa el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, en el que va inmerso como principio fundamental el consentimiento libre e informado y, en el evento de que se vislumbre un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, será posible declarar la nulidad de tal escogencia.

Las administradoras de fondos de pensiones están obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y adecuada la provisión del servicio público de pensiones, con fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1.993; así mismo, se advierte, que el deber de información que le impone la ley a las administradoras de pensiones, se entiende como **obligación de carácter profesional** que se materializa a través de expertos en la materia a quienes le corresponde suministrar toda la información necesaria y relevante según sea el escenario en que se encuentra el afiliado o potencial vinculado, lo que implica una asesoramiento desde la antesala de la afiliación y que se extiende a todas las etapas de este proceso hasta que se garantice el disfrute de la pensión.

Por otra parte, el Decreto 656 de 1.994 “*por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones*” impuso en sus artículos 14 y 15 las obligaciones que debe cumplir con decoro y apego a las responsabilidades propias, esto es con diligencia, prudencia y pericia, como también toda que se le integre por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del Código Civil, regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual en ejecución de la buena fe; por lo que es claro 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.

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 2.015 y la circular Externa 016 de 2.016 de la Superintendencia Financiera, persiguen superar las inconsistencias que ha generado el traslado masivo entre regímenes sin ningún tipo de información haciendo obligatorio que el afiliado reciba información veraz de manera simultánea por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad y al régimen de prima media, garantizando así que en efecto el afiliado conforme a su situación particular tenga una libertad contractual transparente, y pueda adoptar la decisión que mejor le convenga, a tiempo y con la mayor garantía de beneficios con base en la densidad de cotizaciones o capital por él acumulado.

Por lo antes mencionado, los fondos de pensiones son entidades con responsabilidades profesionales, aspecto plenamente respaldado en los

artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994 y 1603 de C.C., por su responsabilidad en un tema tan técnico y profesional tienen el deber y la obligación de entregar una información clara y comprensible a las personas interesadas en adquirir sus servicios y afiliarse a las mismas.

Aunado a lo anterior, en reiterados pronunciamientos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso que si al momento de realizarse el acto de afiliación o cambio de régimen pensional, no hay una información clara, completa y comprensible por parte del Fondo de Pensiones hacia el usuario de dichos servicios, tal acto no tendrá la efectividad suficiente y dará lugar a la declaratoria de la ineficacia o nulidad del traslado, no siendo suficiente el simple consentimiento informado expresado en el formulario de afiliación, ya que esto no demuestra que en efecto se cumplió con el deber de suministrar dicha información, demostración esta que por demás se encuentra, dentro de un proceso judicial, en cabeza del Fondo de Pensiones, invirtiéndose la carga de la prueba. (Ver sentencias de radicados N° 31989 de 2008 M.P. Eduardo López Villegas, N° 31314 de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; N° 33083 del 22 de noviembre de 2011, la SL 9519 radicado n° 55050 del 22 de julio de 2015, la SL 19447 radicado n° 47125 de 27 de septiembre de 2017, SL 17595 con radicado n° 46292 de 18 de octubre de 2017, la sentencia SL 2372 con radicado n° 45041 de 23 de mayo de 2018, sentencia SL 47990 del 28 de febrero de 2018 y SL1452 de 2019).

En conclusión, para que el operador judicial declare la nulidad de traslado de régimen pensional, deberá realizar un análisis minucioso sobre la actuación administrativa desarrollada por la administradora de pensiones, con el fin de verificar y constatar que el afiliado recibió la información adecuada, suficiente y cierta sobre su traslado, bajo el entendido de que las mencionadas entidades fueron creadas para cumplir un servicio público como lo es la seguridad social, con conocimientos y experiencia que resultan confiables a los ciudadanos quienes les entregan sus ahorros para la previsión a su vejez, invalidez o muerte.

Es de suma importancia resaltar que, este deber conlleva, a que el afiliado goce de un completo y certero conocimiento sobre la posibilidad de elegir voluntariamente, en permanecer en el régimen público o privado de seguridad social en pensión y le permite entender sobre los beneficios y desventajas de cada uno, ya que a pesar de cubrir los mismos riesgos, cada administradora ofrece diferentes alternativas que dependiendo del aporte, de la edad, de la fecha inicial de afiliación y de otras características procesales y sustanciales, los resultados son disímiles respecto al capital ahorrado, la liquidación de las pensiones, requisitos y exigencias para ser beneficiario de las prestaciones.

Y entonces, según lo expuesto, se encuentra en cabeza del fondo de pensiones la obligación de controvertir la declaración de ineficacia del acto de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, dado que, en su libelo

introdutorio, el demandante afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PORVENIR S.A. lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de liberto y voluntariedad.

Por ello y siguiendo el precedente jurisprudencial antes mencionado, la Sala itera, en primer lugar, que la carga probatoria le corresponde a los fondos de pensiones y, segundo, dicha información necesaria refiere a la descripción, características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que implica un cotejo entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de dichos regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Caso concreto

Así las cosas, se tiene que la demandante MARIA DEL PILAR RUBIO ALVARADO nació el 06 de julio de 1964, que se afilió al Régimen de Prima media con Prestación definida CAJANAL desde el 1º de octubre de 1991 hasta el 1 de julio de 1992 a través de su empleador Hospital San Vicente de Arauca (PDF.12, fls.12-14)

MINISTERIO DEL TRABAJO		CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA DE TIEMPOS LABORADOS CETEL		MINISTERIO DEL TRABAJO																
Unidad de Servicio Previsional		No. 2022110003400000900005		[Barcode]																
Lugar y fecha de expedición: ARAUCA, Noviembre 4 de 2022																				
DATOS DE LA ENTIDAD CERTIFICADORA																				
Nombre:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA	Nº:	000.000.000	Nº:	000.000.000															
Dirección:	CALLE 20 20-21	Departamento:	ARAUCA	Municipio:	ARAUCA															
Teléfono/Fax:	011821440	Córeo Electrónico:	salud@hospitalar.gov.co	Código DANE:	0101															
DATOS DE LA ENTIDAD EMPLEADORA																				
Nombre:	SERVICIO SECCIONAL DE SALUD DE ARAUCA	Nº:	000.000.000	Fecha en que entró en vigencia:	Junio 10 de 1980															
Tipo de Documento: C Documento: 00.000.000 Fecha de Nacimiento: Julio 6 de 1964																				
Primer Apellido: RUBIO Segundo Apellido: ALVARADO Primer Nombre: MARIA Segundo Nombre: DEL PILAR																				
PERIODO CERTIFICADO																				
Inicio	Fin	Tipo de Documento	Tipo de Documento	REG	Seguro	Seguro	Seguro	Seguro	Seguro	Seguro	Seguro	Seguro	Seguro	Seguro	Seguro	Seguro	Seguro	Seguro	Seguro	
01/10/2021	31/07/2022	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000
FACTORES SALARIALES 1991 (Valores en pesos)																				
01/01/1991	31/12/1991	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000	000000

Igualmente, se observa en la historia laboral de PORVENIR S.A., que aportó a las entidades públicas durante el mes de mayo de 1994, 4 semanas (PDF10. Fls 73-74).





Y, se trasladó el 28 de agosto de 1994, del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante afiliación a PORVENIR S.A. (PDF 05-fls.2).

Documento bajo nombre formulario de afiliación ante LA AFP PORVENIR S.A., el cual fue firmado por el demandante, dejándose plasmado que “hago constar que la selección del redimen de Ahorro Individual con Solidaridad- lo he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. manifiesto que he elegido a la administradora de fondos de pensiones y cesantías DAVIVIR S.A. para que administre mis aportes pensionales...”, circunstancia que no demuestra la obligación de la AFP analizada en renglones anteriores, pues la información y la libre escogencia, no se trata de diligenciar un formato ni adherirse a una cláusula genérica, *“sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de*

brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”. (ver sentencia SL19447-2017).

La A.F.P. tampoco demostró, que hubiera realizado una oferta respecto de proyecciones sobre el posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, que desde luego su resultado final, dependería del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, como tampoco se demostró que se proporcionara una comparación con el monto pensional que recibiría en el régimen de prima media, es decir, no se evidencia el estudio holístico entre las ventajas y desventajas que representara cada régimen para el caso particular de la demandante, no son suficientes para tener por demostrado el deber de información que atañe a las AFP en tanto desarrollan actividades de interés público.

Luego entonces, en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PORVENIR S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que, en este caso en particular, suministró al demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se indujo al demandante en el momento de su traslado, debido a la ausencia de una construcción comunicativa del estudio del impacto en el derecho pensional del afiliado, por lo que, se configura una falta al deber de información y buen consejo, de la administradora demandada PORVENIR S.A. y por consiguiente, encuentra esta Sala que es totalmente nulo e ineficaz el traslado y afiliación efectuada al régimen de ahorro individual de la demandante ante el fondo privado por vicio del consentimiento (error) por falta de asentimiento informado, no asistiéndole la razón a los recurrentes y quedando de esta manera resuelto el primer problema jurídico planteado en forma favorable a la demandante MARIA DEL PILAR RUBIO ALVARADO.

Segundo problema jurídico.

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en agosto de 1994, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES tal como fue señalado por 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 que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

Además, la mencionada Corporación se pronunció en su sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, de la siguiente manera al analizar los efectos de la declaratoria de ineficacia de un traslado:

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).

En este mismo sentido, la mencionada Corporación en su sentencia Rad. 31989 del 8 de septiembre, señaló:

Como la nulidad fue una conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de la mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiera 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...”

Lo anterior, por cuanto, al declararse la ineficacia del traslado, las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que la administradora tiene que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009, y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: «Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley».

Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL SL5595-2021, CSJ SL2877-2020). (Ver sentencia SL4297/2022).

De conformidad con lo expuesto, tampoco procedería el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR respecto a la indexación de las sumas, al convertirse dicha decisión en doctrina probable prevista en reiterados y pacíficos pronunciamientos de la CSJ como órgano jurisdiccional que ejerce la función interpretativa e integradora normativa a través de sus fallos judiciales, además, constituye precedente judicial obligatorio.

Así las cosas, SE CONFIRMARÁ en este sentido la sentencia apelada y consultada, en el sentido de CONDENAR a PORVENIR S.A. actualmente la administradora donde se encuentra afiliada la parte actora, a **trasladar a COLPENSIONES**, los saldos obrantes a su favor en la cuenta de ahorro individual, junto con el bono pensional y los rendimientos, además a devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Igualmente, se tiene que la **excepción de prescripción formulada en la contestación de la demanda**, no opera en estos asuntos, ya que la condición de afiliado y, por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional, entonces el fenómeno de la prescripción inaplicable, tratándose de la petición de nulidad de traslado de régimen pensional, y ello obedece a la génesis de la ineficacia del traslado, que tiene como objetivo último la viabilidad de alcanzar la pensión de vejez, derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, por manera que si se genera una irregularidad en el procedimiento de traslado de un afiliado, no guarda fundamento constitucional el hecho de que se restrinja tal declaratoria a un término específico, pues aducir tal argumento, implicaría en la mayoría de los casos truncar el derecho del afiliado a adquirir una pensión de vejez en las condiciones más beneficiosas. En virtud a lo anterior, la decisión proferida por el Juez A quo deberá ser confirmada.

Por último, se rememora que las costas judiciales son aquellas erogaciones económicas que comporta la atención de un proceso judicial, en las que se incluyen: (i) **las expensas**, que son los gastos realizados y necesarios para adelantar el proceso y los causados en el desarrollo de la actuación, pero siempre distintos de los honorarios que se pagan a los abogados, como por ejemplo, la producción de determinadas pruebas, el valor del desplazamiento y el tiempo ocupado por los testigos en su declaración, las copias necesarias para surtir determinados recursos etc., y (ii) **las agencias en derecho**, que consisten en el valor que el juzgador le da al trabajo del profesional del derecho que ha salido avante en el proceso, las que le corresponde pagar a la parte que resulte derrotada judicialmente; entonces, éste último rubro sumado con las expensas integran el concepto de costas.

En ese orden de ideas, tal y como se ha señalado en múltiples pronunciamientos de esta Sala, en lo que respecta a las costas procesales, debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cual es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio, por lo que, al resultar esta entidad vencida en juicio, es procedente la condena impuesta por el A quo, debiéndose CONFIRMAR la misma.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.00 m/cte.) a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., a favor de la demandante MARIA DEL PILAR RUBIO ALVARADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 22 de junio de 2023, por las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, esto es a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000) a cargo de cada una de las demandadas, la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y
PORVENIR S.A. a favor del demandante MARIA DEL PILAR RUBIO
ALVARADO.

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 CUMPLASE.



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE**



**DAVID A. J. CORREA STEER
MAGISTRADO
ACLARO VOTO**



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 540013105002
2022 00333 01**

PI 20588

MARIA DEL PILAR RUBIO ALVARADO contra
COLPENSIONES, y OTRO.

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

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, 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, atendiendo 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.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. A. J. C. S.', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado