



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

RADICACIÓN: 54-001-31-05-003-2022-00122-01 P.T. No. 20.622

NATURALEZA: ORDINARIO.

DEMANDANTE LUDIS TERESA TORRES GAMBOA.

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRAS.

FECHA PROVIDENCIA: CINCO (5) DE OCTUBRE DE 2023.

DECISION: “**PRIMERO: CONFIRMAR** en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 21 de julio de 2023. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, 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, el valor equivalente a CUATROSCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR S.A. y en favor de la demandante LUDIS TERESA TORRES GAMBOA. **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 once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy trece (13) de octubre 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

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Tercero Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-003-2022-00122-01.

Partida Tribunal: 20.622

Demandante: LUDIS TERESA TORRES GAMBOA

Demandada(o): COLPENSIONES / PORVENIR S.A./PROTECCIÓN S.A.

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, cinco (05) de octubre 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 PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES EICE y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta última entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día **21 de julio de 2023**, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54-001-31-05-003-2022-00122-01 y partida de este Tribunal Superior No 20.622 promovido por la señora LUIS TERESA TORRES GAMBOA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, S.A. y LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

I. ANTECEDENTES

El demandante demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD del traslado y/o afiliación al RAIS por vicios de consentimiento, en consecuencia, se ordene su retorno al RPMPD administrado por COLPENSIONES, y que PROTECCIÓN S.A., devuelva la totalidad de las cotizaciones y rendimiento financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual, al uso de las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en que nació el 27 de marzo 1964, que estuvo afiliado inicialmente al RPMPD desde el 1º de julio

de 1992 y se trasladó al RAIS administrador por AFP PORVENIR el 23 de agosto de 1994, luego se trasladó a la AFP COLMENA, ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 18 de marzo de 1995. Asegura que, no recibió asesoría profesional en materia de traslado de régimen, que solicitó el retorno a COLPENSIONES el 2 de diciembre de 2021 y ante PROTECCIÓN S.A. el 27 de julio de 2021 traslado, pero las respuestas fueron negativas.

III. CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDADAS

LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a través de su apoderada judicial niega parcialmente los hechos, y se opone a todas las pretensiones incoadas en su contra, alegando que, el traslado de régimen RPM al RAIS, se realizó conforme a derecho y no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y de acceder a las suplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial. Propuso como excepciones de fondo, la declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, la buena fe, la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, la inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, la prescripción y la genérica.

COLPENSIONES, S.A., a través de su apoderado judicial, acepta parcialmente los hechos, se opone a la totalidad de las pretensiones, sosteniendo que, en principio, la escogencia y afiliación a un determinado régimen de pensiones, debe ser un acto libre, consciente y voluntario del trabajador, esto es, debe reunir los requisitos dispuestos en el artículo 1502 del Código Civil, 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, luego entonces, aseguró que en este asunto, el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93 y la afirmación de indebida y engañosa información, deberá alegarse y demostrarse en el transcurso del proceso judicial.

Propuso como excepciones de mérito, la buena fe, la inexistencia de la obligación, falta de derecho a pedir, prescripción, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para la reclamación, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, la 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 encuentre pensionada en el régimen de ahorro individual en cualquiera de sus modalidades y la innominada o genérica.

AFP PORVENIR S.A. a través de su apoderado judicial contestó la demanda, aceptando parcialmente los hechos y oponiéndose a todas las prestaciones, alegando que los asesores del fondo, brindaron a la demandante información integral sobre el RAIS, la cual quedo clara, y por consiguiente tomo la decisión sin ningún tipo de coacción de realizar su solicitud de traslado de Fondo Pensional de forma libre, valida y espontánea para el día 01 de septiembre de 1999 conforme consta en Formulario de Afiliación No. 0035886 en el cual consta que provenía del Fondo Pensional COLPATRIA; destaca que trasladó aportes a PROTECCIÓN S.A. conforme indico a continuación, en tanto su Cuenta de Ahorro Individual se encuentra en \$0.

Sostuvo que, la demandante demostró que su elección de permanecer en el RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones al permanecer durante más de 24 años afiliada al RAIS, de los cuales únicamente permaneció con **PORVENIR S.A.** menos de un año, trasladándose a **PROTECCIÓN S.A.**

Propuso como excepciones de fondo, la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la pretensión del traslado de aportes a COLPENSIONES, el cumplimiento de las obligaciones propias del objeto y de la naturaleza jurídica de porvenir s.a., la validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, la inexistencia de la obligación reclamada, la falta de título y causa en la demandante, la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, el cobro de lo no debido, la inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, la prescripción sin aceptación de la obligación, la buena fe, compensación, innominada y genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 07 de diciembre de 2022, resolvió:

“**PRIMERO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción propuestas por las entidades demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la demandante **LUDIS TERESA TORRES GAMBOA** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** En consecuencia, **DECLARAR** que, para todos los efectos legales, el demandante nunca se trasladó al Régimen

de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por **COLPENSIONES**.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, la totalidad de las cotizaciones recibidas de la demandante, así como las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional con cargo a sus propias utilidades debidamente indexadas.

CUARTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** que valide la afiliación de la demandante **LUDIS TERESA TORRES GAMBOA**, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, para financiar las prestaciones económicas a las que tenga derecho eventualmente la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas.

SEXTO: CONSULTAR la providencia a favor de **COLPENSIONES**, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. Decisión notificada en estrados”.

La anterior decisión la fundamentó conforme al análisis de las pruebas obrantes en el expediente y en virtud del principio de carga dinámica de la prueba, le correspondía a PORVENIR S.A., demostrar que en el momento en que la demandante, se trasladó a COLMENA, CESANTÍAS Y PENSIONES, el 18/03/1995 cumplió con este deber de información y que realmente la señora LUISA TERESA TORRE GAMBOA comprendió los beneficios y los riesgos que la misma implicaba y que tenía certeza sobre la incidencia que tendría esta decisión en sus derechos prestacionales, conociendo la dinámica de cada régimen pensional existente que se creó con la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, consideró la Juez A quo, que no se probó la existencia de un consentimiento informado de la demandante, en razón a que no se demostró por parte de PORVENIR que cumplió con el deber de información y el hecho que la misma en el interrogatorio de parte, indicara que conoció algunos aspectos relativos al régimen de ahorro individual con solidaridad en lo relativo a los rendimientos financieros, esta información NO es suficiente para que se entienda, el cumplimiento de esa obligación, en la medida en que se le explicó las consecuencias negativas de su decisión y los beneficios, razón por la cual, sostiene que no se produce la CONFESIÓN, por no acreditarse los requisitos del artículo 191 del Código General del proceso.

Concluyó que había lugar a declarar la NULIDAD DEL TRASLADO, en razón a que no se cumplió con la carga de aprobatoria que le exigía o que le exige el artículo 167 del Código general del proceso, por parte de la administradora de fondo de pensiones demandadas PORVENIR S.A.

Consideró que no hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, ya que dicha nulidad es imprescriptible.

Que los efectos de la declaración de la ineficacia son los dispuestos en sentencia de la CSJ SL2877/2020, esto es, todos los fondos de pensiones involucrados, deberán devolver lo correspondiente a las cotizaciones del fondo, las cuotas de administración, comisiones, aportes para la pensión de la garantía mínima, seguros provisionales indexados hacia COLPENSIONES, ordenándose a esta, a que valide la afiliación y reincorpore a la historia laboral los aportes.

Respecto a los traslados horizontales realizados por la demandante, señaló que la Sala Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL2877 del 19 de julio de 2020, sostuvo que en estos casos, no es aplicable la teoría de los actos de relacionamiento sobre el conocimiento tácito de los afiliados de las condiciones del régimen de ahorro individual cuando realicen, *“la actuación viciada de traslado del régimen de Prima media con prestación definida, al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen. Ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conllevan modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”*.

Finalizó los argumentos, afirmando que los dos fondos de pensiones involucrados PORVENIR y PROTECCIÓN, con los responsables de realizar las devoluciones respectivas, bajo la ficción jurídica de que la demandante nunca se trasladó al RAIS, y siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por la administradora colombiana de pensiones por pensiones.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que se logró demostrar, que la demandante escogió voluntariamente su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y su permanencia se ha dado por más de 20 años. Aseguró que, para la fecha en que se realizó el traslado, lo único que exigía era el lleno del formulario y COLPENSIONES debía aceptar dicho traslado de buena fe, porque nunca fue determinante en dicha actuación, motivo por el cual, considera que no debe condenarse a la misma. De la misma forma, alega que la demandante en este momento cuenta con menos de 10 años para realizar el traslado del RAID, motivo por el cual no es procedente.

Por último, no está conforme con la condena en costas procesales, ya que la administradora al ser llamada al proceso judicial, debía ejercer su defensa.

PORVENIR S.A., solicita se revoque la sentencia anterior, ratificando los argumentos de la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión, considerando que no se probó la supuesta indebida asesoría que adujo la demandante, por el contrario, sostiene que quedó demostrado que la entidad actuó bajo los presupuestos legales, por lo que no es válido que se indique una indebida e irregular asesoría tras haber transcurrido más de 29 años de afiliación al RAIS.

Arguye que la afiliación a PORVENIR se realizó mediante formulario de afiliación que goza de plena validez y que se trata de un acto jurídico consolidado y efectuados a las previsiones legales vigentes, ratificando así, su voluntad de permanencia en los fondos privados, sin haber manifestado hasta el momento de la presentación de la demanda, inconformidad alguna con la oferta por parte de la demandante.

Considera improcedente que, en caso de ratificarse la decisión anterior, PORVENIR sea condenada al pago de gastos o cuotas de administración, los cuales son productos de la administración juiciosa durante la afiliación de la que accionante, siendo facultad de la sociedad para ella, en virtud del artículo 39 del Decreto 656 de 1994 y, en caso de llevarse a cabo la devolución de dicho saldo, se encontraría la demandante ante un enriquecimiento sin justa causa, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada.

Que el cobro por la administración, se realiza en virtud de las exigencias legales de la superintendencia financiera, el aseguramiento de riesgos de invalidez y muerte del afiliada, así como el cubrimiento de los rendimientos que se causaron a favor de la demandante, esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y que, la Comisión de administración no hace parte de los recursos personales dirigidos a financiar las prestaciones económicas que pueden causarse al cumplimiento de los requisitos legales, sino como se reitera a retribuir la gestión de las administradoras de pensiones.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, los cuales se encuentran debidamente consignados en el expediente digital y, una vez cumplido el término para el efecto, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

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 LUDIS TERESA TORRES GAMBOA el 18 de marzo del 1995 desde el ISS hoy COLPENSIONES RPMPD a LA AFP COLMENA hoy PORVENIR S.A. –régimen de ahorro individual son solidaridad y luego a PROTECCIÓN 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., PROTECCIÓN S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones.

Igualmente, se examinará 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.

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 el demandante como por las entidades demandadas, advirtiendo que no se propuso tacha alguna por falsedad respecto de los documentos allegados al plenario.

Solución del problema jurídico.

Así las cosas, se rememora 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 que afirma haber tenido las accionadas de haber tenido el demandante al momento de realizar el traslado, 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 la 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 introductorio, la señora LUDIS TERESA TORRES GAMBOA afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de LA AFP COLMENA hoy PORVENIR S.A., lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertado y voluntariedad.

Caso concreto

Bajo las anteriores consideraciones y con el objeto de dar respuesta al recurso de apelación de COLPENSIONES respecto a **la demostración de un consentimiento informado** en el traslado de régimen, se tiene que en reiterados pronunciamientos proferidos por esta Sala en consideración a las indicaciones del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, se ha dicho que, es responsabilidad de las Administradoras del Fondo de Pensiones, acreditar que el afiliado recibió la información completa, eficaz, clara y precisa, ya que la manifestación del afiliado constituye un ***supuesto negativo*** que no podrá ser demostrado por quien lo invoca, sino mediante un ***supuesto positivo contrario***, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta.

«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» (SL1688-2019).

En este orden de ideas se tiene que, la demandante nació el 27 de marzo de

1964, que desde el **16 de julio de 1992** ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones al RPMPD realizando los aportes a CAJANAL según la certificación electrónica de tiempos laborados CETIL vista a folios 27-34 del PDF 01.3 hasta el 30 de noviembre de 1994, luego, se traslado al RAIS fondo de pensiones COLMENA S.A. el 18 de marzo de 1995 según formulario No.123385, posterior a ello, el 15 de enero de 1999 se trasladó desde COLPATRIA hacia COLMENA ING; el 7 de diciembre de 2000 hacia la AFP SANTANDER, el 23 de mayo de 2012 hacia PORVENIR S.A., y actualmente se encuentra vinculada a PROTECCIÓN S.A. contando con un total de 1362 semanas al mes de julio de 2021 (PDF 01.3 fls. 7-26).

Así las cosas, en efecto, PORVENIR S.A. ante la AFP COLMENA S.A., no demostró que por su parte, se 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 del demandante, de tal suerte que las afirmaciones contenidas en la contestación de la demanda, 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.

Bajo las anteriores circunstancias, los argumentos sostenidos por los recurrentes COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., no gozan de asidero jurídico, reiterándose que, en efecto, PORVENIR S.A. no demostró que por su parte, se 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 del demandante.

Además, le correspondía a la dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, el demandante en todo lo concerniente a las implicaciones del cambio de régimen pensional; no obstante, como ya se advirtió, en el expediente no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se cumplió con tal presupuesto legal, por lo que la simple manifestación genérica

como la contenida en la solicitud de vinculación, no es suficiente para inferir que existió una decisión documentada por parte del actor, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales por cuenta de la pasiva PORVENIR S.A.

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 del 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 LUDIS TERESA TORRES GAMBOA.

Solución del Segundo Problema Jurídico-Montos a restituir.

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 el traslado de régimen por la demandante en marzo de 1995, 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., y sus posteriores traslados entre régimen al fondo PROTECCIÓN S.A. realicen la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy 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 afiliado 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).

Así las cosas, SE CONFIRMARÁ en este sentido la sentencia apelada y consultada, en el sentido de CONDENAR a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. actualmente la administradora donde se encuentra afiliado la demandante, 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 (\$800.000.00 m/cte.) a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., a favor de la demandante LUDIS TERESA TORRES GAMBOA.

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 en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 21 de julio de 2023.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, 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, el valor equivalente a CUATROSCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR S.A. y en favor de la demandante LUDIS TERESA TORRES GAMBOA.

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



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
54001310500320220012201.
PI 20622
LUDIS TERESA TORRES GAMBOA contra
COLPENSIONES Y OTROS.

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

Lo anterior, bajo la observancia de lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020,

30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

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