REPUBLICA DE COLOMBIA

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 once (11) de marzo dos mil veinticuatro (2024), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN:	54-498-31-05-001-2023-00035-01 P.T. No. 20.878
NATURALEZA:	ORDINARIO.
DEMANDANTE	MARTHA EUGENIA CASTILLO CABELLOS.
DEMANDADO:	COLPENSIONES y OTRA.
FECHA PROVIDENCIA:	ONCE (11) DE MARZO DE 2024.
DECISION:	"**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada, proferida el 29 de noviembre de 2023, por el Juzgado Primero (Único) Laboral del Circuito de Ocaña, Norte de Santander; de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva. **SEGUNDO:** Costas en esta instancia, a cargo de la demandada recurrente COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho una suma equivalente a un Salario Mínimo Mensual Legal Vigente, a cargo de la demandada, y a favor de la parte demandante. **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 quince (15) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy diecinueve (19) de marzo de 2024, a las 6:00 p.m.

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA
SALA LABORAL

DAVID A. J. CORREA STEER
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARTHA EUGENIA CASTILLO CABELLOS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES,** y la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**
EXP. 544983105001 2023 00035 01
P.I. 20878

San José de Cúcuta, once (11) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, integrada por los Magistrados **NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES, JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA y DAVID A. J. CORREA STEER**, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y surtir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2023, por el Juzgado Primero (Único) Laboral del Circuito de Ocaña, Norte de Santander; por lo cual se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES.

Pretendió la demandante, se declare la nulidad del traslado de los aportes realizados ante PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, se continúe con la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrada por COLPENSIONES; se condene en costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, relató que ***i)*** nació el 6 de agosto de 1965; ***ii)*** se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, el 31 de enero de 1990; ***iii)*** señaló, que al consultar sobre su historia laboral, COLPENSIONES, nunca le informó que había sido trasladada a un fondo privado; que al estar cerca de cumplir los requisitos de pensión, se acercó a averiguar su historial laboral, y fue ahí cuando le indicaron que estaba multiafiliada, y que se tenía que definir a cuál fondo pertenecía; ***iv)*** agregó, que continuó con el pago de aportes ante COLPENSIONES; ***v)*** señaló, que nunca recibió asesoría sobre los traslados a fondos privados, no le ofrecieron una doble asesoría, sólo recuerda que en alguna ocasión unos asesores de PROTECCIÓN S.A., llegaron a la empresa donde laboraba, y con falsas promesas y privilegios, los presionaron para obtener su afiliación al régimen privado de pensiones; pero no le informaron sobre la posibilidad de retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sobre los requisitos para obtener la pensión en el fondo privado, no recibió una proyección o simulación respecto de su monto pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La demanda fue admitida el 2 de marzo de 2023, se ordenó su notificación y traslado a las demandadas, a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, y MINISTERIO PÚBLICO. (Archivo n. °008).

COLPENSIONES, en oposición a los pedimentos de la demanda, señaló que la escogencia y afiliación de un determinado régimen debe ser voluntaria y libre de la demandante; por lo tanto, consideró que no había lugar a la declaratoria de nulidad del traslado solicitado por la demandante, al no evidenciarse la ausencia de los requisitos dispuestos en el artículo 1502 del Código Civil; por el contrario, la manifestación libre y voluntaria de la actora de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y la validez del formulario de afiliación, perfeccionó tal voluntad.

Formuló como excepciones de fondo: *"Buena fe, inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, legalidad de los actos administrativos, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, imposibilidad de condena en costas, prescripción, imposibilidad de volver al estado mismo de las cosas y hecho consumado, innominada o genérica.*" (Archivo n.°11).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las peticiones de la demanda, al considerar que el traslado de régimen que realizó la demandante el 15 de julio de 2003, estuvo precedido de información clara, precisa, veraz, oportuna, y suficiente en relación con los efectos jurídicos, consecuencias, viabilidad o no del mismo, prestaciones y modalidades pensionales, ventajas y desventajas; agregó, que en la actualidad, la actora se encuentra afiliada a COLPENSIONES, pues el 24 de julio de 2016, presentó solicitud de traslado, la que fue aceptada de manera exitosa el día 7 de julio del mismo año, por lo que continuó con el pago de aportes ante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, según se ve reflejado en su historia laboral.

Propuso como excepciones de mérito: "*declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A., buena fe, imposibilidad de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante efectuado con PROTECCIÓN S.A., inexistencia de capital acumulado y rendimientos en la cuenta de ahorro individual del demandante en la AFP PROTECCIÓN S.A., inexistencia de la obligación de devolver los gastos de administración, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por afectación a terceros de buena fe, prescripción, excepción genérica*". (Archivo n.° 15)

La **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO** y el **MINISTERIO PÚBLICO,** mantuvieron silencio, tras haber sido notificadas en debida forma. (Archivo n.° 009)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Primero (Único) Laboral del Circuito de Ocaña, Norte de Santander; en sentencia de fecha 29 de noviembre de 2023, resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MARTHA EUGENIA CASTILLO CABELLOS del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual ocurrido el día 15 de julio del año 2003.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA PROTECCIÓN SA a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la totalidad de lo ahorrado por la señora MARTHA EUGENIA CASTILLO CABELLOS, en su cuenta de ahorro individual, incluyendo el capital acumulado en la cuenta de ahorro, los rendimientos, los bonos pensionales, así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el fondo que garantiza la pensión mínima, y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todo debidamente indexados, y que al momento de cumplir lo ordenado por*

este despacho, los conceptos deberán aparecer discriminados en sus respectivos valores y detalles pormenorizados de los ciclos, IBC, aportes, y demás información relevante que se justifique, para los efectos señalados en la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a mantener afiliada a la señora demandante.

CUARTO: CONDENAR en costas a los demandados a cancelar las costas del proceso que por agencias deberá reconocer la suma de seiscientos mil pesos ($600.000) cada uno en favor de la señora demandante.

Frente a esta decisión proceden los recursos de ley y en caso de que no sea apelada se enviará en Consulta al HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL de Cúcuta, sala Laboral."

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES, presentó recurso de apelación contra la integridad de la sentencia, al no estar de acuerdo con que la entidad tenga que asumir las consecuencias del traslado, pues la afiliación de la demandante al RAIS fue producto del acuerdo de voluntades entre el afiliado y la administradora receptora, donde COLPENSIONES, es un tercero ajeno que no intervino en la decisión de la afiliado; de modo tal, sería el fondo privado el llamado a responder por las prestaciones en la forma y bajo los requisitos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, actuar en contrario, devendría en una afectación a la sostenibilidad del sistema y de los derechos de los demás afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Destacó, que no era viable el traslado, al estar el demandante inmerso en la prohibición establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Señaló, que en caso de confirmarse la decisión, se debía condicionar las obligaciones a cargo de la entidad, hasta tanto la A.F.P. cumpla con las gestiones a ella impuesta; señaló, que no era

procedente la condena a las costas procesales. (Audiencia, minuto 17:00 a 21:54).

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

COLPENSIONES, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de alzada, en lo referente a que la entidad es un tercero que no participó en la decisión, libre, voluntaria del afiliado al momento de trasladarse al fondo privado de pensiones; y en todo caso, la actora se encuentra inmersa en la prohibición consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Las demás partes guardaron silencio.

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 por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.° CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; CSJ STL596-2023, 8 de mar. 2023, rad. 69708; CSJ STL7108-2023, 12 de jul. 2023, rad. 71052; y CSJ STL7244-2023, 2 de ago.2023, rad. 71284; 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.

VI. 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. Así mismo, se deberá establecer si, hay lugar o no, a la imposición de condena en costas a cargo de COLPENSIONES.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que; ***i)*** la demandante nació el 6 de agosto de 1965 (Archivo n.° 07 pág. 47); ***ii)*** se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el día 31 de enero de 1990. (Archivo n.°012); ***iii)*** el 15 de julio de 2003, la demandante se afilió a PROTECCIÓN S.A., donde permaneció hasta el 31 de julio de 2016, y cotizó 671,85 semanas; aportes en pensión que fueron trasladados a COLPENSIONES, según reporte del estado de cuenta allegado por PROTECCIÓN S.A., e información reflejada en la historia laboral de COLPENSIONES. (Archivo N.°015, pág. 60 a 92; y archivo n.° 012); ***iv)*** el 24 de junio de 2016, la actora suscribió formulario de afiliación ante COLPENSIONES, la cual fue aceptada por la entidad mediante comunicación de 7 de julio de 2016 (Archivo n.° 007, pág. 19 y 20); así mismo, se observa que la demandante actualmente se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, según muestra el reporte de semanas allegadas por COLPENSIONES, donde registra un total de 1051,29 semanas cotizadas, hasta el 9 de marzo de 2023. (Archivo n.° 012).

Pues bien, en este asunto particular, advierte esta Sala de Decisión, que aun cuando la demandante actualmente registra en su historia laboral como afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrada por COLPENSIONES, así como también, allí reposa las cotizaciones efectivamente realizadas, tanto en este régimen, como lo aportado en su momento en PROTECCIÓN S.A.; no es menos, que en el escrito de demanda, la demandante manifestó en su hecho QUINTO, que: "*Ya próxima a pensionarme se acerca a Colpensiones a consultar su historia laboral y le informan que se encuentra multivinculada o sea que no está ni en la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y tampoco en EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN y que tienen que definir a que fondo de pensiones pertenece*"; por su parte, la entidad COLPENSIONES, en su escrito de contestación, manifestó que "*QUINTO: Es cierto, en cuanto a que se encuentra vinculada por la AFP PROTECCIÓN S.A., Por lo tanto, nos atenemos a lo que resulte probado en el transcurso del proceso.".* De ahí, que incluso la demandante, el día 21 de noviembre de 2022, radicó ante COLPENSIONES, petición dirigida a confirmar su afiliación ante dicha entidad, sin que al plenario obre respuesta alguna de la entidad.

Así mismo, COLPENSIONES, adujo como argumento de oposición a las pretensiones de la demanda, que no le asiste derecho a la demandante "***por haberse afiliado de forma voluntaria y sin presión al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS), y se mantuvo en este hasta hoy fecha****, por lo cual, incursa 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***".

De este modo, el objeto del litigio se delimitó a establecer si había lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado que en su momento, realizó la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Pues bien, 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.° 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.

El traslado de régimen pensional se encuentra regulado por el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal "e" del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al disponer que *"después de un (1)*

año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez".

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

> *"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la*
>
> *Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*
>
> *Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*
>
> *La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*
>
> *La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
>
> *Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*
>
> *Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la*

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

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

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

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

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

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

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

"(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a

un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento."

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía

sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

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

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

En el caso particular que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante efectuó traslado a PROTECCIÓN S.A., el 15 de julio de 2003, y aunque posteriormente, el 24 de junio de 2016, retornó a COLPENSIONES, la entidad nuevamente forjó la discusión sobre la efectividad de dicho traslado, pues aseguró que la actora se encontraba afiliada a PROTECCIÓN S.A., toda vez que para el año 2016, existía la prohibición de traslado, al faltarle menos de 10 años para el cumplimiento de la edad de pensión; así mismo, la demandante señaló que al momento de trasladarse al fondo privado, no recibió la debida información, situación frente a la cual, PROTECCIÓN S.A., alegó que en el formulario de traslado, se dejó constancia que la decisión que adoptó la demandante fue libre y voluntaria, sin embargo, 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, contentivo 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 la parte demandante y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

> *"la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*
>
> *(…) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."*[2]

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

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

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

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

> *"Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja 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, la demandada PROTECCIÓN S.A., está obligada 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, debidamente indexados, 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 PROTECCIÓN S.A.; por lo que dicha entidad (PROTECCIÓN S.A.), deberá trasladar en su integridad 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.

De otra parte, en torno al reproche formulado por COLPENSIONES, frente a la imposición de condena en costas en la primera instancia, considera esta Sala que no le asiste razón a la recurrente, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1.° del artículo 365 del Código General del Proceso, "*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*", como ocurrió en este evento, donde la entidad se opuso a los pedimentos de la demanda, y no fueron prósperas las excepciones de mérito formuladas, esto es, fue derrotada en el juicio.

Las Costas en esta instancia, estará a cargo de la demandada COLPENSIONES, por no haber prosperado el recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un Salario Mínimo Mensual Legal Vigente, a cargo de la demandada y a favor de la parte demandante.

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 noviembre de 2023, por el Juzgado Primero (Único) Laboral del Circuito de Ocaña, Norte de Santander; de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas en esta instancia, a cargo de la demandada recurrente COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho una

suma equivalente a un Salario Mínimo Mensual Legal Vigente, a cargo de la demandada, y a favor de la parte demandante.

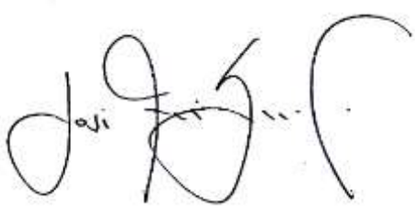
TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de EDICTO, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

DAVID A. J. CORREA STEER.

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA