

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

**JHON RUSBER YOREÑA BETANCOURTH**  
**Magistrado Ponente**

### SENTENCIA LABORAL

Ocho (08) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Aprobado mediante acta N° 0135 del 08 de febrero de 2024

20-001-31-05-001-2022-00124-00 proceso ordinario laboral promovido por NANCY DEL CARMEN TAMAYO MORÓN contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A y OTROS.

#### **1. OBJETO DE LA SALA.**

De conformidad con la Ley 2213 del 13 de junio 2022, la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, Cesar, integrada por los Magistrados **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**, **JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ** y **JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH** quien la preside como ponente, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de los demandados contra la sentencia proferida el 30 de Mayo de 2023, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso de referencia.

#### **2. ANTECEDENTES.**

##### **2.1. DEMANDA Y CONTESTACIÓN.**

###### **2.1.1. HECHOS.**

**2.1.1.1.** La demandante NANCY DEL CARMEN TAMAYO MORÓN, señaló que nació el 5 de octubre de 1965, y en la actualidad tiene 56 años, comenzado a cotizar al régimen de prima media con prestación definida para riesgos de I.V.M a partir del 16 de octubre de 1985.

**2.1.1.2.** Expresó que, en la actualidad se encuentra trabajando al servicio del Municipio de Valledupar, además antes del traslado al fondo privado HORIZONTE

que fue absorbida mediante fusión por la sociedad PORVENIR, la demandante se encontraba cotizando al INSTITUTO DE SEGURO SOCIALES hoy COLPENSIONES.

**2.1.1.3.** Hasta el momento la demandante señala que cumple con un total de cotización de 1.137 semanas válidamente para riesgos de invalidez vejez y muerte, asimismo, el día 16 de abril de 1998 fue trasladada del régimen público al privado HORIZONTE hoy PORVENIR.

**2.1.1.5** Preciso que, el asesor comercial de PORVENIR le propuso a la demandante que se trasladara a ese fondo ofreciendo pensiones con beneficios que jamás se cumplirán, por otra parte, nunca le proporcionó una información transparente, completa y comprensible, a fin de ilustrarla en las diferentes alternativas que pudiera tener, respecto a los regímenes pensionales existentes.

**2.1.1.6.** Señaló que, con fundamentos en las anteriores manifestaciones realizadas el ejecutivo de venta de HORIZONTE hoy PORVENIR, fue afiliada la demandante a dicho fondo mediante la suscripción de un formulario de afiliación.

**2.1.1.7.** Indicó que, el 2 de marzo de 2022 radicó al fondo HORIZONTE hoy PORVENIR solicitud de la copia del formulario de afiliación e historial laboral, proyección pensional actual, con sus rendimientos y saldo a la fecha, además la ineficacia del traslado del régimen ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida ante PORVENIR.

**2.1.1.8.** Expuso que, PORVENIR nunca le brindo una información transparente sobre los efectos que acarrea el cambio de régimen pensional, no le explicaron las ventajas y desventajas del fondo pensional, entre el fondo público hoy COLPENSIONES y PORVENIR.

## **2.2. PRETENSIONES.**

**2.2.1.** Pretende que se declare a la demandante NANCY DEL CARMEN TAMAYO MORRÓN lo siguientes puntos a tocar:

- ✓ Que se declare la ineficacia del traslado que se hizo o efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, firmado el día 16 de abril de 1998, tanto por la demandante como el asesor comercial de HORIZONTE hoy PORVENIR.
- ✓ Al momento del traslado de los regímenes nunca le proporcionaron una información transparente, completa y comprensible sobre las consecuencias de elección de régimen pensional, a fin de ilustrarla en diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, en los dos regímenes pensionales que hoy subsisten en nuestro país.

- ✓ Como consecuencia de lo anterior, se realice efectivamente el regreso automático al régimen de prima media hoy administrado por COLPENSIONES.

#### **2.2.2. Pretende que se condene a los demandados a lo siguiente:**

- ✓ La totalidad del capital ahorrado por el demandante en su cuenta de ahorro individual, como lo son cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales a la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es con los rendimientos que se hubieren generado, hasta el momento en que quede ejecutoriada la sentencia que así lo disponga.
- ✓ Conforme a la conducta indebida de las administradoras de los fondos privados, que llevo a la nulidad de la vinculación y traslado de la demandante, a ese régimen, deben 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.
- ✓ Se condene a COLPENSIONES que proceda a recibir por parte de la sociedad PORVENIR la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, en caso que resulte inferior al monto del aporte legal correspondiente, si hubiese permanecido en el régimen de prima media.
- ✓ Que se condene a COLPENSIONES a reintegrar a la demandante por parte de PORVENIR con la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, en caso que resulte inferior al monto del aporte legal correspondiente, si hubiese permanecido en el régimen de prima media.
- ✓ Se condene a los demandados a pagar las costas y agencias en derecho.

### **2.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

#### **2.3.1 De la demandada PORVENIR S.A.**

Respecto a los hechos relacionados no le consta y no los considera como ciertos. Se opuso a todas las pretensiones de la demanda y solicitó que declare probadas las excepciones que denominó *“PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN, BUENA FE, EXCEPCIÓN GENÉRICA”*

#### **2.3.2 De la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

Respecto a los hechos relacionados que la edad es de 56 años, que nació la fecha estipulada en la demanda y que su primera cotización fue a COLPENSIONES los considera como ciertos; el resto de los hechos no le consta o no son ciertos. Se opuso a todas las pretensiones de la demanda y requirió que se declaren probadas

las excepciones “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS, COBRO DE LO NO DEBIDO, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, y INNOMINADA O GENÉRICA*”

### **2.3.3 De la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.**

Respecto a los hechos manifestó que, no le consta ninguno de ellos. Se opuso a todas las pretensiones de la demanda y que declare probadas las excepciones que se expresa a continuación, propuso como excepciones las de “*CADUCIDAD, FALTA DE JURISDICCIÓN, NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS, COSA JUZGADA, PLEITO PENDIENTE ENTRE LAS MISMAS PARTES Y SOBRE EL MISMO ASUNTO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, PRESCRIPCIÓN TRIENAL Y BUENA FE*”

### **2.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

*“PRIMERO: Declárese la ineficacia del traslado realizado en el año 1998 por NANCY DEL CARMEN TAMAYO MORÓN del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual.*

*SEGUNDO: Ordenar a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos. También, a devolver el porcentaje por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora permaneció como su afiliado en el RAIS.*

*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.*

*La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, está en la obligación de recibir esas sumas de dinero.*

*TERCERO: Declárense no probadas las excepciones propuestas por la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES).*

*CUARTO: Condenar en Costas a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Inclúyase por concepto de agencias en derechos la suma de Tres (3) SMLMV. SE NOTIFICO A LAS PARTES EN ESTRADOS. Las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. interpusieron y sustentaron recurso de apelación en contra de la sentencia proferida”*

La parte motiva de la decisión de primera instancia contiene lo siguiente:

Considero que la solución que viene a este problema jurídico es la de acceder a la pretensión de ineficacia del traslado de régimen solicitado por la demandante toda vez que el fondo de pensiones y cesantías S.A. no demostró haber cumplido con su deber de brindar información a la afiliada demandante, esos que eran necesarios según la jurisprudencia que tornen eficaz el traslado del término intencional. Agregó que teniendo en cuenta, el marco normativo y jurisprudencial que el cambio de régimen debe estar preferido de una ilustración al trabajador o usuario como mínimo acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno, asimismo, los riesgos y consecuencias del traslado además antes de dar su consentimiento para el cambio de régimen la afiliada debe haber recibido una información cierta, comprensible y oportuna, además indicando también que las administradoras del régimen de pensiones deben, desde su fundación, brindar esa forma, esa información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, establecer condiciones acceso, ventajas, desventajas y cada uno de los aspectos y consecuencias del traslado, pues esa son las obligaciones que tienen las administradoras de pensiones no son obligaciones nuevas, nacen desde la ley ¿Qué presupone entonces esa libertad y voluntad? Presupone el conocimiento, entonces en ese sentido debía la afiliada conocer las consecuencias de su decisión para que pudiera tomar una correcta decisión, valga la redundancia entonces desde su creación les correspondía a las administradoras dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrearán el cambio de so pena de declarar este trámite ineficaz.

Por otra parte, es deber retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido es decir la sentencia que en tal sentido se dicta tiene efectos retroactivos y en virtud de ello cada una de las partes debe de volver a la otra lo que recibió como pensión del negocio jurídico que transgredió las restricciones legales, por lo tanto, procede entonces la devolución de los valores que el fondo hubiera recibido como las cotizaciones, los bonos tradicionales por los rendimientos e intereses que se hubieran causado el reintegro de los valores cobrados por las administradoras de fondos privados a títulos de gastos de administración y comisiones, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros provisionales, sumas debidamente inyectadas corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos dado que desde el nacimiento de la ineficaz estos recursos deben ingresar al régimen de prima media.

Ahora bien con relación a la carga de la prueba he sabido que lo realizado por la demandante es decir que no obtuvo suficiente información corresponde a una negación indefinida, es decir se traslada la carga de la prueba a la demandada además de ello a las características de la FP y también toda vez que tiene esta los deberes de prudencia, pericia, eficiencia, información, organización y registro esa

AFP la que tiene mejores condiciones de probar mas no la desbancada el fondo de pensiones que tiene la carga de que realizó esta afiliación con la debida información y asesoría finalmente.

Por eso, los fondos demandados no le brindaron la suficiente información con la demandante a la hora de tornar a otro fondo pensional, por lo tanto, se declara la ineficacia del traslado.

## **2.5. RECURSO DE APELACIÓN.**

Solicita que se revoque en su totalidad la sentencia, fundamentó el recurso de apelación en los siguientes tópicos:

- ✓ Se duele el fondo pensional COLPENSIONES, toda vez que, no existe vicio al momento del traslado realizado a la demandante, pues resultan relevante indicar que las entidades propias de seguridad social se someten a las sus aseguradoras y no se presentó ningún daño, por lo tanto, que se revoque la totalidad de la sentencia.
- ✓ Se duele el fondo pensional PORVENIR, en este caso en particular entre la parte demandante de cierta manera el error al afiliado hay que resaltar que entre ambos regímenes existen diferencias y por ende no es posible equiparar cuál de los dos es más beneficioso para cada persona. Por tal razón ambos pueden coexistir en el sistema general de seguridad social. Por lo que se reitera que la mera observación de la de una falta de información no es conducente para aprobar los hechos que esta diligencia se refiere a consideración que no existió ningún vicio de consentimiento como es el error, fuerza y el dolo, pues no se evidencio ninguna desinformación y mucho menos a la falta de asesoría, por consiguiente, solicito que se revoque la sentencia en su totalidad.

## **2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

### **2.6.1. DE LA PARTE RECURRENTE**

#### **2.6.1.1 ADMINISTRADORA DE PENSIONES “COLPENSIONES”.**

Por medio de auto del 19 de octubre de 2023, se corrió traslado a la parte apelante para presentar alegatos de conclusión de la siguiente forma:

Diluye COLPENSIONES que, no demostró la demandante el vicio de consentimiento con respecto al traslado de régimen pensional, es decir, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida hacia el RAIS, además que no hay prueba alguna de anotar que el afiliado se vinculó al régimen privado de forma engañosa o dolosa para declarar la ineficacia de traslado.

#### **2.6.1.2 PORVENIR S.A.**

Por medio de auto del 19 de octubre de 2023, se corrió traslado a la parte apelante para presentar alegatos de conclusión de la siguiente forma:

Expresa PORVENIR que, la demandante realizó solicitud de traslado de régimen pensional a la Administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. mediante documento público No.0086805. En ese orden de ideas, firmo el formulario de afiliación indicando de manera expresa que había sido asesorado de forma concreta y en especial de las implicaciones de su decisión, por lo tanto, no hay fundamento jurídico para declarar la ineficacia de traslado de regímenes.

### **2.6.2. DE LA PARTE NO RECURRENTE.**

Por medio de auto del 10 de noviembre de 2023, se corrió traslado a la parte no recurrente, quien hizo uso de este derecho argumentado lo siguiente:

Que, no existe prueba alguna dentro del proceso donde la demandada PORVENIR S.A. haya cumplido con los parámetros de la ley y jurisprudencia, es decir, informar por escrito a sus potenciales afiliados el derecho de retractarse, es decir, se aprovecharon del desconocimiento de la demandante y omitieron explicarse de forma, clara, concisa y correcta las desventajas de los dos regímenes pensional, por eso, pretendo que se declara la ineficacia de traslado y que todo vuelva al estado anterior.

## **3. CONSIDERACIONES.**

Preliminarmente debe expresarse que, verificado el expediente, se tiene que la primera instancia lo remitió con el fin de que se resolvieran los recursos de apelación interpuesto por los demandados, sin embargo, como se trata de recursos públicos del estado, a través de los fondos pensionales encargado por régimen legal de los temas de seguridad social, esta Sala toma la decisión de resolver el presente asunto por medio del principio de consulta estipulada en el Art. 69 CPTSS.

Por otro lado, se expresa, de los presupuestos procesales se encuentran satisfechos, situación que permite proferir una decisión de fondo. Además, no se evidencia causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

### **3.1. COMPETENCIA.**

Este tribunal tiene competencia tal como se asigna el Artículo 15 literal B numeral 3 del C.P.T.S.S.

### **3.2. PROBLEMA JURÍDICO.**

Corresponde a esta colegiatura, determinar:

*¿Debe declararse la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por*

*la demandante, por no haberse acreditado que en el acto de afiliación se le brindó información suficiente, clara y veraz sobre las implicaciones de los regímenes pensionales existentes?*

### **3.3. FUNDAMENTOS NORMATIVOS.**

#### **3.3.1. DECRETO 663 DE 1999**

**ARTÍCULO 97**; modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, impone a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria, a través de elementos de juicio claros y objetivos que les permitan escoger las mejores opciones del mercado.

*"1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.*

*En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que estas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios."*

#### **3.3.1.1. DECRETO 656 DE 1994**

*"Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses"*

### **3.4. FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL.**

#### **3.4.1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN LABORAL.**

**3.4.1.1 Sobre el deber de informar con suma diligencia en el traslado de régimen:** (Sentencia SL645-2023 del 29 de marzo del 2023, radicado N°93153, MP. DR. OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA).

*"(...)El Tribunal cometió los errores que le enrostra la censura, pues su argumentación tuvo el propósito de desconocer el deber que, se recalca, lleva impregnado un interés social, que consiste en informar a las personas afiliadas al sistema pensional, de manera clara, cierta, comprensible y oportuna, acerca de las características, diferencias, beneficios, riesgos, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, limitando la discusión a la existencia o no de un vicio del consentimiento a la luz del código civil.*

*Según lo expuesto, las administradoras de fondos de pensiones están obligadas a ofrecer una asesoría suficiente y, por ello, si el afiliado alega que no fue así — como aquí ocurrió— el Tribunal debía dedicar su atención a dilucidar si ese deber se satisfizo o no, con pruebas que lo demuestren de forma contundente, sin centrar la discusión en la ocurrencia del evocado vicio por un excesivo apego a la palabra nulidad que invocó la censora, cuando la corporación ha sido enfática en que la consecuencia directa de la falta de información no es la nulidad sino la ineficacia del acto originario, como es el traslado mismo.*



*Lo anterior de manera relevante, cuando, como se indicó en el precedente transcrito, las AFP están en mejor posición que los afiliados para demostrar esas circunstancias. Así pues, surge diáfano que el deber de información radica en cabeza de Porvenir SA y no de la señora Duchamp Madero.”*

**3.5.1.2 la devolución de dineros y frutos del mismo en la ineficacia del traslado de régimen:** (Se reitera la Sentencia SL645-2023 del 29 de marzo del 2023, radicado N°93153, MP. DR. OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA).

*“Valga la pena precisar que, los efectos que conlleva la ineficacia del acto de traslado, en razón al incumplimiento del deber de información que les compete a las administradoras, para que el afiliado adopte una decisión libre, clara y veraz, se contraen a la devolución de los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales recaudados, además de los rendimientos financieros causados, por lo que tampoco se afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, al estar plenamente justificada la falta que le corresponde a la AFP demandada.*

*No está de más, aclarar que, dicho escenario no supone una retroactividad plena, pues han de mantenerse incólumes todas aquellas situaciones consolidadas y que presumieron una buena fe por parte del afiliado, como lo es el otorgamiento de las mesadas pensionales o de los derechos que pudieran haberse causado en el régimen al que retorna, tal como se adujo en providencia CSJ SL1264-2022 que reiteró lo expuesto en la decisión CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, así:*

*Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*

*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 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 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.”*

#### **4. CASO EN CONCRETO.**

Se advierte que la parte demandante, pretende que se declare la ineficacia del traslado del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el día 16 de abril de 1998.

En contraprestación de lo indicado por la demandante, la demandada COLPENSIONES manifestó que en los hechos de la demanda se realizó el traslado del RAIS la cual fue el 16 de abril de 1998, pero no indica a través de que aseguradora lo hizo; por lo que no se entiende cual es el soporte factico o probatorio de la demandante para firmar que dicho traslado se hizo sin la debida información o de manera engañosa.

Por su parte, la demandada PORVENIR expresó que la demandante realizo el traslado de régimen pensional de COLPENSIONES al fondo privado PORVENIR en el año 1998, firmando el formulario de afiliación, indicando de manera expresa que había sido asesorado de forma concreta y en especial de las implicaciones de su decisión.

El Juzgado de primera instancia declaró la ineficacia del traslado realizado en el 1998 por NANCY DEL CARMEN TAMAYO MORÓN del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual. En consecuencia, ordénense a PORVENIR enviar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, además a devolver el porcentaje por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor permaneció como su afiliado en el RAIS. Cumpliéndose la 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.

Procede a resolver esta Magistratura el problema jurídico que atañe esta sentencia el cual es:

***¿Debe declararse la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la demandante, por no haberse acreditado que en el acto de afiliación se le brindó información suficiente, clara y veraz sobre las implicaciones de los regímenes pensionales existentes?***

Sea lo primero precisar, que, el asunto a dirimir en esta oportunidad, es sobre la legalidad del traslado del régimen de pensión como lo ha solicitado la accionante, por ello, es menester realizar el estudio pertinente del material probatorio alojado en el expediente, el cual, brindará los sustentos probatorios para determinar si la accionada PORVENIR S.A., cumplió con el deber objetivo de brindar información veraz, acertada y diligente sobre las consecuencias positivas o negativas de

cambiar de régimen. Aunado a ello, la normativa y jurisprudencias relacionadas, han establecido unos presupuestos en los cuales se puede conceder el traslado de régimen, como son:

✓ En cualquier tiempo, cada 5 años y siempre que no falten 10 años o personar para adquirir la pensión, con la condición de que se debe verificar la edad del afiliado sin haberse surtido traslado dentro de los 5 años anteriores.

✓ En cualquier tiempo, cuando el afiliado es beneficiario del régimen de transición con 15 o más años de cotización al 01 de abril de 1994, es decir, se encuentra bajo la posibilidad de cambiar de régimen sin límite.

✓ En cualquier tiempo, si la información proporcionada para la afiliación no fue veraz y suficiente, con el deber del buen consejo, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, es así que, el ocultamiento, la inducción al error, la desinformación, constituyen vicios en el consentimiento, lo cual degenera en un faltante a los requisitos esenciales para la configuración del acto jurídico, el cual se refleja en la declaratoria de la inefectividad del negocio jurídico con efectos retroactivos, como lo es la nulidad, recayendo así, la carga probatorio del cumplimiento de los requisitos a las administradora.

Con lo dicho, en el caso de marras, haciendo uso de jurisprudencia de vieja data las cuales se relacionan con los presupuestos normativos del Código General del Proceso, es factible redistribuir el peso demostrativo, bajo criterios de equidad procesal, pues a la afiliada le resulta mucho más engorrosa la demostración, mientras es a la ADMINISTRADORA quien por deber legal le corresponde documentar las novedades, debiendo soportar dicha carga, esto bajo los lineamientos jurisprudenciales, verbigracia SL586-2023, del 22 de marzo de 2023, radicado N°93465, la cual dispone:

*“La jurisprudencia de la Corte ha adoctrinado que cuando un afiliado alega que no recibió la información debida al cambiarse de modelo pensional, como lo hizo el promotor del proceso en la demanda inaugural, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca y, por ende, será la contraparte, en este caso, a la AFP demandada, quien tiene que demostrar que sí brindó la ilustración debida, dado que es quien está en posición de hacerlo. Así se consagró, en la decisión CSJ SL1452-2019”*

Ahora bien, es menester realizar el estudio pertinente a las pruebas aportadas en el expediente, para determinar si la demandada PORVENIR S.A., cumplió con ese deber objetivo de informar adecuadamente a la señora NANCY DEL CARMEN TAMAYO MORÓN sobre las particularidades del cambio de régimen, cuestión que, para ellos se tiene el distinguido material probatorio:

- ✓ Resumen de Historial Laboral donde se logra observar el tiempo de cotizaciones y el régimen donde se encontraba (fl. 31 archivo digital 02 Demanda con Anexos).
- ✓ Oficio de vinculación de fondo de pensiones obligatorias donde se aporta el traslado de régimen RPMPD y entra al régimen RAIS (fl.38 archivo digital 02 Demanda con Anexos).
- ✓ Resumen de Historial Laboral donde se aprecia el tiempo de cotizaciones y el régimen donde se encontraba (fl.39 - 47 archivo digital 02 Demanda con Anexos).
- ✓ Derecho de petición presentado por la demandante NANCY DEL CARMEN TAMAYO MORÓN a la demandada PORVENIR donde se logra demostrar el engaño y la falta de información para que se realizara el traslado sin previo aviso, siendo una obligación por parte del fondo pensional. (fl. 50 archivo digital 02 Demanda con Anexos).

En el presente caso, se distingue del material probatorio mencionado con anterioridad, que la demandante se afilío al fondo pensional de la época INSTITUTO DE SEGURO SOCIALES, ISS, hoy COLPENSIONES desde el 16 de octubre de 1995, que administra el RPMD, y se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A, en el año 1998. Así mismo, cabe aclarar que no es recibido para esta Sala ningún tipo de excusa como de insinuar que el afiliado tuvo la oportunidad para trasladarse dentro del término de amnistía, ni cuando aún le faltaban más de 10 años, ni que tampoco cumple con los 15 años de cotización, ni cualquier otro en esta vía, si bien es cierto el demandante presento la demanda sin respetar los 10 años estipulado en la ley 100 de 1993 pero jurisprudencialmente las altas cortes han instaurado la posibilidad cuando se trata de querer regresar al régimen de prima media luego de haberse traslado a un fondo privado, como en este caso PORVENIR S.A.

Como ya se ha dictado a lo largo de diferentes pronunciamientos de vieja data, son los mismos fondos lo que deben de brindar la información suficiente a sus próximos afiliados, demostrándole así a detalle que el afiliarse a determinado fondo, en este caso PORVENIR S.A., brindaría una serie de beneficios mayores, diferentes al fondo en el que se encontraba afiliada, y así mismo destacar los puntos de controversia en donde el cliente pueda determinar de forma objetiva que le es más beneficioso, situación que el referido fondo no realizó, toda vez que no se encuentra prueba alguna en la cual se corrobore que le brindó la debida asesoría a la demandante.

Se debe guardar el compromiso de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría, guardando suma relación con la ley 1748 de 2014, artículo 3 del decreto

2071 de 2015 y circular externa No 016 de 2016, de los cuales se destaca con precisión que en estos procesos de traslado de régimen se encuentra inmerso el derecho a obtener asesorías de los representantes de ambos regímenes de pensión, es decir, se desglosa que el afiliado tiene el derecho a ser informado tanto de los aspectos positivos como de los negativos en caso de hacer un traslado de regímenes pensionales y además de ser un derecho del afiliado, es un deber de los fondos de pensiones informar los pro y contras de un traslado; lo que puede ganar y lo que puede perder, y debe hacerse sobre información cierta y objetiva.

Otro punto a destacar, es que la honorable CSJ en reiteradas ocasiones ha decantado que no basta con aquellos documentos en donde de manera preimpreso se “manifieste” la supuesta voluntad libre de vicios de una persona al afiliarse a un régimen de pensiones, máxime sino obra una asesoría diligente y detallada como principal requisito, para que el próximo a afiliarse decida bajo criterios de objetividad el vincularse o no a otro régimen pensional. Dicho argumento toma sustento por lo estudiado en la sentencia SL1055-2022 de la CST, en el cual se indica:

*“Asimismo, también desconoció que el juicio valorativo respecto al cumplimiento del deber de información no se agota con la sola firma del formulario de afiliación. En efecto, la jurisprudencia de esta Corte ha precisado de forma reiterada que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).*

*(...) Téngase presente que el análisis judicial sobre el cumplimiento del deber de información a cargo de los fondos privados está al margen, en principio, de la situación pensional de la persona, por lo que no sería coherente exigir que el afiliado se ocupe de verificar su estatus pensional”*

En este punto toca analizar si hubo o no falta de consentimiento para realizar el traslado y si ocurrió por voluntad de la demandante, motivo por el cual, en torno a la deficiencia de la información suficiente para determinar la decisión del afiliado quedan estas variables lógicas:

1. Que la entidad sí suministró de forma verídica, oportuna y suficiente la información:

Entonces el afiliado hubiese resultado beneficiado de su escogencia y hoy no tendría la necesidad de demandar el traslado al RPM, y las pretensiones de esta demanda deberían de ser desestimadas pues afectaría el derecho final del afiliado, siendo más benéfico para este el RAIS; si no fuere lo anterior, entonces, consiente del menoscabo en sus intereses derivado de la información correctamente

suministrada por la AFP privada, pues esta, tendría que haber mostrado infaliblemente que el RAIS era menos benéfico que el RPM. Y aun así el afiliado escogió deliberada y conscientemente trasladarse a la administradora privada.

Cabe aclarar que no es de recibo para esta Sala ningún tipo de excusa como por ejemplo insinuar que el afiliado tuvo la oportunidad para trasladarse dentro del término de amnistía, ni cuando aún le faltaban más de 10 años, ni que tampoco cumple con los 15 años de cotización, ni cualquier otro en esta vía. Pero jurisprudencialmente las altas cortes han instaurado la posibilidad cuando se trata de querer regresar al régimen de prima media luego de haberse traslado a un fondo privado, como en este caso PORVENIR S.A. (Corte Constitucional, sentencia SU 130 de 2013, MP Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO) la corte en sentencia de unificación expreso:

*“Todos los usuarios del SGP, incluidos los sujetos del régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios, pueden elegir libremente entre el régimen de prima media o el régimen de ahorro individual, conservando la posibilidad de trasladarse entre uno y otro, en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, tal como fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es decir, cada cinco años contados a partir de la selección inicial y siempre que no les falte menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Sin embargo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición, en los términos de las Sentencias C-789 de 2002 y C- 1024 de 2004. Para tales efectos, la única condición será trasladar al régimen de prima media todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en aquel régimen.” ...*

*“Con el propósito de aclarar y unificar la jurisprudencia Constitucional, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición”.*

Por lo tanto, estamos frente a una ineficacia del traslado, además con lo dicho, en el caso de marras, haciendo uso de vieja data las cuales se relacionan con los presupuestos normativos del Código General del Proceso, es factible redistribuir el peso demostrativo, bajo criterios de equidad procesal, pues a la afiliada le resulta mucho más engorrosa la demostración, mientras es a la ADMINISTRADORA quien por deber legal le corresponde documentar las novedades, debiendo soportar dicha carga, esto bajo los lineamientos jurisprudenciales, verbigracia SL586-2023, del 22 de marzo de 2023, radicado N°93465, la cual dispone:

*“La jurisprudencia de la Corte ha adoctrinado que cuando un afiliado alega que no recibió la información debida al cambiarse de modelo pensional, como lo hizo el promotor del proceso en la demanda inaugural, ello corresponde a un supuesto*

*negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca y, por ende, será la contraparte, en este caso, a la AFP demandada, quien tiene que demostrar que sí brindó la ilustración debida, dado que es quien está en posición de hacerlo. Así se consagró, en la decisión CSJ SL1452-2019”*

El acompañamiento que realizó el ejecutivo comercial estuvo ceñido al diligenciamiento del formulario, no en torno a explicarle las condiciones del RPM y el RAIS o, indicarle cuál le convenía o no, y lo que se logra ver es la constancia de afiliación y formulario de vinculación a partir de diciembre de 1998, como obra en el plenario.

En ese orden, el simple diligenciamiento del formulario no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma el mentado deber (CSJ SL 1741-2021 en la que se memoraron las sentencias CSJ SL1421-2019; CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Ello, en manera alguna, desdice del cumplimiento del deber de información exigible a la administradora privada de pensiones, el cual, como ya se advirtió, debe ser oportuno e integral al momento del traslado.

Asimismo, ha sido tema decantado en la jurisprudencia laboral que la simple rúbrica del formulario es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. Tales formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (Vid. SL4964-2018).

De modo que, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado y, revisado el material probatorio militante en el plenario no se avizora prueba siquiera sumaria de que se haya cumplido con ese deber de información.

Vale la pena aclarar que, en todo caso, la autorización al traslado entre regímenes no implica el reconocimiento de cualquier otro derecho más allá de este, es decir que no implica beneficios de transición, ni ningún otro, aparte del traslado. Los demás de ser el caso deberán ser estudiados por la administradora al momento del eventual reconocimiento de algún derecho dentro del marco de la seguridad social.

Delimitado lo anterior, conviene recordar que conforme a los criterios de la Corte Suprema de Justicia la consecuencia o respuesta del ordenamiento jurídico frente a la transgresión del deber de información es la ineficacia, esto es, la exclusión de todos los efectos jurídicos del acto de traslado. De manera tal que, dicho examen 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 (art. 1746 CC), por todo lo anterior, queda más que claro para esta

Colegiatura que la decisión tomada en primera instancia por el A-quo fue en derecho y de manera correcta.

Siendo así lo anterior, es preciso recordar que, conforme a los criterios de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la consecuencia del ordenamiento jurídicos frente a la transgresión del deber de información es la ineficacia, esto es, la exclusión de todos los efectos jurídicos del acto de traslado. De manera tal que, dicho estudio debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (art. 1746 CC).

Por consiguiente, la declaratoria de ineficacia tendrá efectos ex-tunc (desde siempre), es decir que las cosas deben retrotraerse en su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantías de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES.

Por todo lo expuesto, encuentra este cuerpo Colegiado, que el traslado que realizó a la señora NANCY DEL CARMEN TAMAYO MORON del Régimen de Prima Media con Prestación, en este caso por PORVENIR S.A., no se encuentra ajustado a las disposiciones jurisprudenciales y legales, en vista que era deber de, inicialmente, PORVENIR S.A., demostrar durante el proceso que realizó una debida asesoría a la demandante.

Es así, que esta Magistratura, procederá a CONFIRMAR en su integridad la providencia emitida por la honorable Juez de primera instancia, toda vez que los fundamentos y decisión adoptada se encuentra ajustada a Derecho.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo ampliamente expuesto la Sala de Decisión Civil-Familia Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, Cesar, la sentencia del 30 de mayo de 2023, dentro del proceso Ordinario Laboral adelantado por la señora NANCY DEL CARMEN TAMAYO MORÓN contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A. expuesto en la parte motiva de la presente providencia.



**SEGUNDO: CONDENA** en costas a la parte demandada y PORVENIR S.A, fíjense como agencia en derecho la suma de un (1) salario mínimo mensual vigente, por no haber prosperado su recurso, liquídense como señala el artículo 365 y 366 de CGP.

**TERCERO: NOTIFICAR** a las partes la presente providencia, para tal efecto remítase a la secretaría de este Tribunal para lo de su competencia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

SIN NECESIDAD DE FIRMAS  
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,  
Ley 2213 de 2022;  
Acuerdo PCS 20-11567 CSJ)

**JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH**  
**MAGISTRADO PONENTE**

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
**MAGISTRADO**

**JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ**  
**MAGISTRADO**