

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
DE FLORENCIA, CAQUETÁ
SALA PRIMERA DE DECISIÓN**

PROCESO: ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
RADICACIÓN: 18001-31-05-002-2019-00189-01
DEMANDANTE: MYRIAM HURTADO QUIMBAYA
DEMANDADAS: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
TRÁMITE: APELACIÓN DE SENTENCIA

**Magistrado Ponente
JORGE HUMBERTO CORONADO PUERTO**

Florencia, catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Decisión aprobada mediante Acta No. 0106

ASUNTO

Decídese el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 18 de junio de 2020, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia, dentro del proceso ordinario laboral citado en la referencia.

ANTECEDENTES

1. La demanda.

En la demanda que originó este proceso, MYRIAM HURTADO QUIBAYA pidió que se declarara la nulidad de su afiliación y/o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-, administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS POVERVENIR S.A.; y, en consecuencia, ordenar a esa entidad remitirle a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- la totalidad de lo allí ahorrado en su cuenta individual, rendimientos y demás sumas de dinero

recaudadas desde la vinculación hasta la fecha en que se produzca su retorno, como también que el último fondo acepte dicho traslado.

Dichas súplicas las fundamentó, en síntesis, así:

1.1 Nació el 26 de diciembre de 1960.

1.2 Realizó aportes a CAJANAL desde el 13 de septiembre de 1982 hasta el 31 de mayo de 1995.

1.3 El 8 de mayo de 1995 se trasladó al RAIS, administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., porque un asesor de esta entidad le indicó que ese régimen era la mejor opción, toda vez que se pensionaba a cualquier edad con 20 años de cotización, además, CAJANAL iba a extinguirse y perdería su dinero.

1.4 Esa afiliación fue efectuada sin consentimiento informado, pues no la ilustraron sobre las características, condiciones, acceso, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias de cada uno de los regímenes.

1.5 El 21 y 26 de diciembre de 2019, en su orden, pidió la inclusión en COLPENSIONES y la exclusión de PORVENIR S.A., pero le fueron negadas en comunicaciones del 23 y 2 de enero de 2018, respectivamente.

2. La Réplica.

2.1 Fondo de Pensiones y Cesantías “PORVENIR S.A.”

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

En lo medular, sustentó esa oposición que, a su juicio, no existió vicio alguno del consentimiento ni faltó a su deber de información. La administradora solo estaba obligada a suministrar toda la información necesaria de manera completa como aconteció, y atender inquietudes que los potenciales afiliados pudiesen tener, pero de ninguna manera mantener constancia escrita de las asesorías ni mucho menos proyecciones, lo cual

establece la circular externa No.2015 123910 002, expedida el 29 de diciembre de 2015, por la Superintendencia Financiera.

Adujo también que la actora diligenció el formulario de vinculación un año y 5 meses después de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, es decir, contó con un tiempo suficiente para conocer los alcances de esa normatividad; así mismo, alegó que según las condiciones existentes cuando hizo el traslado podía efectuar el ahorro individual para obtener la pensión de vejez en los términos del artículo 64 de la precitada ley, pero si esas circunstancias variaron es algo imprevisible que, en modo alguno, comporta que el asesor la hubiere conducido al error ni que haya vicio del consentimiento.

Para enervar la acción invocó las excepciones que tituló: Prescripción de la acción de nulidad; inexistencia de la obligación; carencia de acción y falta de causa de las pretensiones de la demanda; prescripción; prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación; validez del traslado; ratificación de la afiliación de la demandante al Fondo Porvenir S.A.; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe del fondo; mala fe de la demandante y la genérica.

2.2 Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”.

Pidió desestimar la demanda y, en su defensa, formuló las excepciones de mérito de prescripción, no hay lugar al cobro del interés moratorio y declaratoria de otras excepciones.

3. La sentencia opugnada.

En audiencia realizada el 18 de junio de 2020 fue emitido el fallo de primer grado, objeto de la alzada, el cual resolvió:

“Primero.- Declarar la nulidad de la vinculación de la señora MYRIAM HURTADO QUIMBAYA al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada ante el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 01 de junio de 1995, y en consecuencia, ordenar la devolución de sus aportes junto con los rendimientos financieros sin la posibilidad de descontar gastos de administración, si lo propio no se hubiere hecho,

a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, (...). Segundo.- DECLARAR no probadas las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada FONDO DE PENSIONES y CESANTÍAS PORVERNIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- (...). Tercero.- CONDENAR en costas a la parte demandada FONDO DE PENSIONES y CESANTÍAS PORVERNIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, y a favor de la señora MYRIAM HURTADO QUIMBAYA, fijando agencias en derecho en la suma de \$877.803.00 M/CTE. Tásense oportunamente. Cuarto.- Súrtase el grado jurisdiccional de consulta ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, tal como lo impone el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo por haber incluido los efectos del fallo a COLPENSIONES”.

4. El recurso de apelación.

Tras la emisión del fallo, en la audiencia las entidades demandadas apelaron la referida sentencia y formularon los reparos siguientes:

4.1 Fondo de Pensiones y Cesantías “PORVERNIR S.A.”.

- a) Demostró que para el traslado suministró a la señora Hurtado Quimbaya información clara.
- b) La proyección de la pensión bajo el régimen de ahorro individual con solidaridad no era requisito para la época en que se efectuó el traslado.

Con la expedición de la Circular 016 de 2016 -Superintendencia Financiera- fue instituida la obligación de conservar los soportes documentales de las asesorías, ya que antes eran verbales sin que por ello pueda afirmarse que no eran completas, transparentes, veraces y oportunas; además, fue a través de la Ley 1748 y el Decreto 20161 de 2014 que se hizo obligatoria la mentada proyección.

Adicionalmente, esas proyecciones no serían ajustadas a la realidad pensional del afiliado, dada la variabilidad de los aspectos laborales, tales como edad, cotizaciones, etc.

c) La actora en el interrogatorio aceptó que tuvo la asesoría echada de menos, aunado a que contó con la oportunidad para tramitar su traslado y no lo hizo, y ahora luego de 24 años pone entredicho su afiliación al régimen RAIS.

d) Si el fallo es confirmado, pidió revocar el reintegro de los gastos de administración y las primas del seguro provisorio, por cuanto esa decisión apareja un enriquecimiento sin justa causa, desconoce lo prescrito por el artículo 1746 del C.C. y la equidad, ya que el fondo gestionó la obtención de los rendimientos del ahorro de la afiliada y canceló las primas en cuestión en cumplimiento de una obligación legal.

4.2 Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”.

La información del traslado de régimen pensional con las características echadas de menos por el fallador debió valorarse bajo la normatividad vigente para la época en que se hizo el traslado.

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales. Están colmados los presupuestos procesales y no se advierte nulidad alguna que invalide lo actuado, por lo que procede emitir un fallo de mérito.

2. De entrada, es del caso precisar que de acuerdo con lo previsto en los artículos 66A -principio de la consonancia- y 69 grado jurisdiccional de consulta- del CPL y SS, la Sala analizará dos aspectos fundamentales: **a)** Procedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado y de la afiliación realizada del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual; **b)** Consecuencias de la ineficacia del traslado; c) La prescripción.

3. De la Ineficacia del Traslado de Regímenes.

En este litigio, la actora pidió “la nulidad” del traslado realizado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, a efecto de permanecer afiliada a aquel, con fundamento en que, al momento de realizar dicho

traslado, la AFP no le brindó la información suficiente, en tanto no fue ilustrada sobre las características, condiciones, acceso, beneficios, diferencias entre los regímenes pensionales y sus consecuencias, amén que el asesor le aseguró que el RAIS era la mejor opción porque podía pensionarse a cualquier edad con 20 años de cotización, aunado a que CAJANAL se iba a extinguir y perdería su dinero.

Al respecto, en sentencia SL3051 del 7 de julio de 2021 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que en asuntos como el aquí debatido la acción que procede es la de ineficacia, veamos:

*“Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a **la afiliación desinformada es la ineficacia**, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, 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)”¹.*

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador **es la ineficacia**. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general **cualquier persona** natural o jurídica **que impida o atente 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**».*

Si esto es claro, resultada 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

¹ “La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, **o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz**, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).”

no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019).

*Por lo anterior, habrá de modificarse el numeral primero de la decisión del a quo, **en el sentido de indicar que lo procedente es declarar la ineficacia del traslado y no la nulidad del mismo.***

Luego, debe entenderse que, si bien en el escrito introductorio se pretende la “*anulación*” del traslado, tal pedimento se orientó al incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado, por lo que dicho análisis debe abordarse como ineficacia y no desde el régimen de las nulidades, toda vez que no se requiere que el afiliado demuestre la existencia de vicios del consentimiento.

Así lo entendió el juzgador de primer grado, habida cuenta que aunque en la parte resolutive declaró la nulidad del traslado, lo cierto es que en las consideraciones abordó el estudio de la demanda en el ámbito de la ineficacia, incluso trajo a colación jurisprudencia sobre esa figura y concluyó que “al no existir consentimiento informado al momento del traslado se torna ineficaz”.

Precisado lo anterior, la Sala procede a determinar si a la demandante se le brindó oportunamente la información requerida para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar la decisión de traslado.

Para ello, es del caso traer como apoyo los precedentes de la Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral- sobre el tema, entre ellos, resulta de especial valía la sentencia No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, donde resolviendo sobre la ineficacia de un traslado al RAIS efectuado **el 6 de abril de 1998**, esgrimió que las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados², en quienes la ley radica el deber de gestión de los intereses de las personas que a ellas se vinculen, cuyas obligaciones **surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación.**

En ese orden, esa Corporación señaló que la razón de la existencia de las administradoras es la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas que resulten confiables. Particularidades que las ubica en el campo de la responsabilidad profesional, imponiéndoles el deber de cumplir, con suma diligencia,

² Artículo 97, Ley 100 de 1993.

especialmente con las obligaciones previstas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, 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.

En el referido pronunciamiento, se advirtió de las obligaciones de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como son la **transparencia, vigilancia, y el deber de información**; último que **debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional**, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor, así como el alcance de orientar al potencial afiliado; aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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.

La providencia en cuestión consideró que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, quien 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** de la parte actora a la **AFP**.

Luego, al tenor de esos lineamientos, la entidad debía cumplir con el deber de informar las diferentes alternativas e inconvenientes del régimen de ahorro individual. Que, de no hacerlo, trae como consecuencia **la ineficacia del traslado** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual (*sentencia CSJ SL 12136 de 2014, radicado 46292*).

Esa posición jurídica fue reiterada en la sentencia, **SL19447-2017**, radicación No.47125, fechada 27 de septiembre 2017, en los siguientes términos:

*“De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que **i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con***

*la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **iii)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”*

Ahora, debe verificarse si al momento del traslado de régimen, la demandante recibió la información correspondiente, siendo necesario puntualizar que, en relación con ese deber por parte de la Administradora de Pensiones, la carga de la prueba se encuentra en su cabeza, no solo por ser a quienes se atribuye el incumplimiento de la obligación de proporcionar información veraz y suficiente previo al traslado, sino además en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba. Es entonces a la **AFP**, a quien corresponde acreditar que el traslado de régimen se realizó con el lleno de los requisitos legales, de manera libre, espontánea y sin presiones, brindando la información necesaria con los beneficios y desventajas.

En el presente asunto, se encuentran demostrados los siguientes supuestos fácticos:

- Que la demandante nació el 26 de diciembre de 1960, conforme figura en su registro civil de nacimiento adosado a la demanda.
- Que la señora Hurtado Quimbaya se vinculó laboralmente a la Rama Judicial el 13 de septiembre de 1982, según “formato No.1 Certificado de Información Laboral – Certificación de periodos de vinculación laboral para Bonos Pensionales y Pensiones”.
- Que la actora diligenció y radicó el formulario fechado 8 de mayo de 1995, contentivo de la solicitud de vinculación a PORVENIR S.A., en el cual señaló que para esa época había cotizado más de 150 semanas en CAJANAL.
- Que la trabajadora figura vinculada a PORVENIR S.A., registrando en la historia laboral consolidada -incorporada al proceso-, aportes desde junio de 1995 hasta enero de 2019.
- Que Myriam Hurtado Quimbaya radicó el 22 de diciembre de 2017 ante COLPENSIONES escrito solicitando su inclusión en la base de datos para que la

afiliaran al sistema general de pensiones, petición que indica haber formulado desde el 19 de septiembre de 2008.

- Que la precitada entidad respondió el 23 de enero de 2008, manifestándole que no procedía su traslado porque se encontraba a menos de 10 años de adquirir el derecho a su pensión.
- Que el 26 de diciembre de 2017 pidió a PORVENIR S.A. la excluyera de su base de datos, atendiendo a que solicitó a COLPENSIONES afiliarla, solicitud elevada ante el precitado fondo y el ISS el 19 de septiembre de 2008.
- Que PORVENIR S.A. el día 30 de septiembre de 2008 le dio respuesta, informándole que su afiliación en ese fondo estaba activa desde el 8 de mayo de 1995 y, por tanto, si su deseo era trasladar sus aportes al ISS era necesario diligenciar el respectivo formulario.

Lo anterior evidencia que la activa estuvo afiliada al régimen pensional de prima media, administrado hoy por Colpensiones y, posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual; empero, el material probatorio recaudado en este litigio no revela que cuando aquella optó por el segundo de ellos, la entidad administradora le hubiere dispensado la información requerida para efectuar la elección con pleno conocimiento en qué consistía cada régimen, ni los beneficios e inconvenientes que aparejaban y, mucho menos con el buen consejo de cuál convenía a sus intereses. Por tanto, el extremo pasivo, a quien incumbía la carga de la prueba, dejó de acreditar haber ilustrado a la afiliada con suficiencia sobre el tema, proporcionándole elementos de juicio para que al menos advirtiera la trascendencia de la decisión.

Y es que el hecho de que haya firmado el formulario de PORVENIR S.A., contentivo de la solicitud de traslado de régimen pensional, en modo alguno, comporta que previamente el asesor de ese fondo hubiese suministrado la información en cuestión. Dicho formulario firmado a lo sumo podría acreditar un consentimiento sin vicios, pero no informado, amén que reiteradamente la jurisprudencia ha sostenido que es insuficiente para acreditarlo. Por lo demás, no deja de ser una estipulación adhesiva.

Pero es que, además, el interrogatorio absuelto por la demandante no contiene confesión alguna, en la medida en que los hechos que declaró ni le generan efectos adversos ni favorecen a las entidades contendora. Ciertamente, aquella atestó que el asesor del citado fondo tan sólo les informó que al trasladarse al mismo podrían pensionarse con 20

años de 'servicio' y a cualquier edad, además que CAJANAL iba a extinguirse y perderían el dinero aportado, sin que les explicaran las ventajas ni desventajas de dicho régimen. Entonces, de acuerdo con el marco jurisprudencial reseñado, y como quiera que el material probatorio no evidencia que PORVENIR S.A. hubiera suministrado la información completa y comprensible, orientando sobre las consecuencias de la elección del régimen pensional, con la ilustración suficiente de las diferentes alternativas, con sus beneficios y desventajas, se concluye que la información provista por la convocada a juicio al momento de la afiliación no cumplió con los lineamientos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los cuales acoge esta colegiatura.

De otra parte, valga precisar que la manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación y la permanencia en el mismo no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que se proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente. Nótese que no se trata de la formalidad fría de imponer una firma en un formulario, sino que es de tal envergadura el acto de traslado de régimen para la vida de una persona, que se estima jurisprudencialmente, que aquel debe conllevar consentimiento informado.

Al respecto, en pronunciamiento jurisprudencial (**SL1452 de 2019**) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisó que el deber de información recae en los Fondos de Pensiones desde el momento de su creación, como se instituyó en el artículo 1º del Decreto 663 de 1993 -Estatuto orgánico del sistema financiero-. Resalta, además, la doble condición de estos, como sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social. Allí concluyó:

“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.”

Así mismo, en la mencionada decisión la alta corporación, precisó que las AFP cuentan con una posición de preeminencia frente a los usuarios. *“Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación*

intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera”.

A la par, estableció que la obligación de los fondos de pensiones de operar con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, “**como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados**”. Luego, es posible colegir que el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones **involucra a todos los interesados (afiliados) sin que haya lugar a ninguna distinción en cuanto a las profesiones y títulos académicos**, en el entendido que la información suministrada debe ser fidedigna, pues tiene como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*», exigencia que no se satisface por el solo hecho que la demandante ostente un nivel de educación profesional.

Asimismo, esta colegiatura acata y aplica los actuales precedentes de la Sala Laboral de la CSJ, en los que han resuelto respecto a la eficacia de traslados de régimen pensional efectuados con anterioridad a los fundamentos jurídicos esbozados por esa Corporación en sus fallos de casación; por tanto, decisiones anteriores y contrarias no son aplicables por cuanto estarían en contravía del actual criterio jurisprudencial.

Frente al desconocimiento de la prohibición de trasladarse dentro de los últimos 10 años anteriores al cumplimiento de la edad señalada la Ley 797 del 2003, debe puntualizarse que no guarda relación intrínseca con lo aquí estudiado, puesto que en el *sub lite* se analizó la ineficacia del traslado por falta de información, sin que se trate de los requisitos para cambio de régimen pensional.

Por todas esas razones, resulta ineficaz el traslado realizado a la **Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** En consecuencia, debe ordenarse a la AFP accionada trasladar a Colpensiones todos los valores que hagan parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante para que continúe en el régimen de prima media con prestación definida, según los efectos que a continuación se precisan:

4. Consecuencias de la Ineficacia del Traslado.

Sobre las implicaciones de la ineficacia del traslado, debe señalarse que en las sentencias SL1688-2019 y SL3464-2019, la Sala Laboral de la CSJ, expuso que las consecuencias de nulidad son idénticas a la ineficacia, para lo cual se fundamentó en la sentencia de la Sala Civil SC3201-2018 que asentó:

«Cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»

Asimismo, esa corporación precisó que el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del CC., y por analogía es aplicable a la ineficacia. Es decir que, declarada la ineficacia, las partes, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación.

La sentencia **SL4989-2018** rememoró lo expuesto en el fallo SL17595-2017, dictado en el proceso con radicación No. 31989 del 2008, en el cual se consideró:

“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adocrinó:

[...] “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”

Así mismo, en sentencia SL2207 del 26 de mayo de 2021, la Sala Laboral de la Corte Suprema³, se refirió puntualmente a la obligación de la AFP de trasladar a Colpensiones el valor de los porcentajes destinados a financiar los gastos de administración, de la siguiente manera:

“En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, esta Sala en sentencias CSJ SL1688-2019,

³ Criterio reiterado en sentencia SL3051 del 7 de julio de 2021.

CSJ SL3464-2019 y CSJ SL2877-2020, explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, **o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás**» (CSJ SC3201-2018).

Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Corte se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

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 que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al RPMPD, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, 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 a 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020), criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima.”*

Visto lo anterior, los efectos de la ineficacia de traslado se encuentran plenamente determinados por la superioridad judicial, toda vez que ha definido que la consecuencia de dicha declaración es la devolución de **la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, la devolución de los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.**

Por ende, debe ordenarse a la **Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** trasladar a Colpensiones todos los valores conforme quedó explicado en las sentencias citadas, es decir que, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS “**debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.**” (Ver sentencia SL2877 del 29 de julio del 2020).

Además, la alta corporación precisó que la AFP “*debe no solamente devolver las cosas al estado en que se encontraban, reintegrando los valores en la cuenta de ahorro individual, sino que debe así mismo asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, tales como los gastos de administración.*” (Ver sentencia SL3984 del 5 de octubre del 2020). Lo cual no atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben trasladar las AFP a Colpensiones se utilizarán para el reconocimiento del derecho pensional (SL2877-2020). Luego, el capital ahorrado por la afiliada en la AFP debe ser trasladado a la administradora del régimen de prima media, de manera plena, **sin descuento alguno.** De esta manera,

corresponde a Colpensiones, al momento del traslado de los valores ordenados, verificar que las sumas que reciba correspondan a las referidas en precedencia y se ajusten a los precisos mandatos legales y precedentes jurisprudenciales citados.

5. La Prescripción.

En atención al grado jurisdiccional de consulta, resulta imperioso examinar si operó o no el anunciado fenómeno extintivo, respecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, tema sobre el cual la sentencia No.65791 del 8 de mayo de 2019 asentó:

“...No obstante, la positivización de dicha figura jurídica no significa que su aplicación opere de manera automática, en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos laborales o pensionales que gozan del carácter de imprescriptibles.

Precisamente, bajo ese entendido, debe abordarse el análisis de la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, pues la permanencia o no de un afiliado en cualquiera de ellos –RPM o RAIS- es una cuestión inherente al derecho a la seguridad social y, por tanto, redundante en cualquier prestación que en materia pensional provenga de aquel.

En otras palabras, por constituir un aspecto insito a la posibilidad de adquirir una prestación pensional, la declaratoria judicial de la ineficacia del traslado de régimen debe ser examinada bajo ese propósito.

(...)

En esa dirección, esta Sala ha construido una sólida y reiterada jurisprudencia relativa a que todas aquellas cuestiones innatas al derecho pensional no pueden verse afectadas por el transcurso del tiempo, tales como el porcentaje de la misma, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la mesada pensional, su reajuste por inclusión de nuevos factores salariales e,

incluso, el reconocimiento de títulos pensionales –bonos y cálculos actuariales.

Entonces, desde un enfoque material y en respeto de los parámetros aludidos ya adoptados por la Sala frente a los asuntos pensionales, es lógico concluir que la ineficacia de traslado de régimen pensional, también goza del carácter de imprescriptible, en la medida que su declaratoria, le permitirá al peticionario obtener la satisfacción de un derecho que comparte esa misma condición y cuya protección real y efectiva, conlleva el cumplimiento de los objetivos que legal y constitucionalmente caracterizan a un Estado social de derecho.

Sumado a lo anterior, de manera reiterada y pacífica, la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello...” (Subrayas de la Sala).

Es claro, entonces, que la prescripción aquí alegada como medio exceptivo no operó, en tanto la susodicha reclamación ostenta el carácter de imprescriptible.

6.- Costas en Segunda Instancia.

Las demandadas -aquí apelantes-, y a quienes la resolución del recurso les es desfavorable, serán condenadas en costas, conforme a lo previsto en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P.

VII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

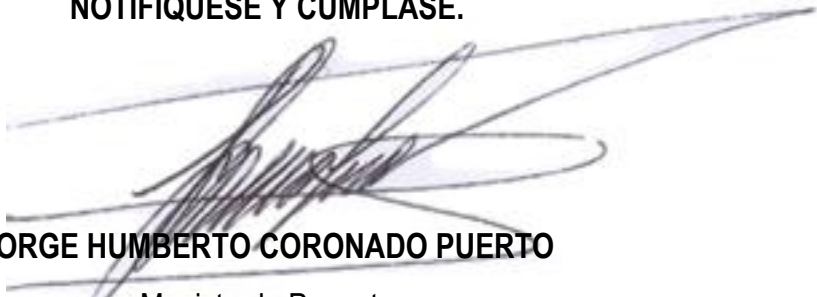
PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la parte resolutive del fallo opugnado, en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado de MYRIAM HURTADO QUIMBAYA del régimen de prima media, con prestación definida, administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., efectuada el 01 de junio de 1995; y, en consecuencia, ordenar a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes de aquella junto con los rendimientos financieros, bonos pensionales y demás valores recibidos como consecuencia de la respectiva afiliación, sin la posibilidad de descontar gastos de administración, ni ningún otro concepto.

SEGUNDO: En lo demás, **CONFIRMAR** el fallo opugnado.

TERCERO: CONDENAR a la parte apelante en costas de esta instancia. En la liquidación de agencias en derecho inclúyase la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000.00) M/Cte.

CUARTO: Una vez en firme este proveído, **DEVUÉLVANSE** las diligencias al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



JORGE HUMBERTO CORONADO PUERTO
Magistrado Ponente

NURIA MAYERLY CUERVO ESPINOSA
Magistrada
(En uso de permiso)



MARIO GARCÍA IBATÁ
Magistrado