

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 siete (7) de febrero dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-002-2019-00535-01 P.T. No. 20.072
NATURALEZA: ORDINARIO
DEMANDANTE LUZ MARINA BARRERA ESPINOSA.
DEMANDADO: COLPENSIONES y OTRAS.
FECHA PROVIDENCIA: SIETE (7) DE FEBRERO DE 2023.
DECISION: **“PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada proferida el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 29 de agosto de 2022, por las consideraciones expuestas. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, esto es a COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PROTECCIÓN S.A., a favor de la demandante.”

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy trece (13) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy quince (15) de febrero de 2023, a las 6:00 p.m.

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Segundo Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54 001 31 05 002 2019 00535 00

Partida Tribunal: 20.072

Demandante: LUZ MARINA BARRERA ESPINOSA.

Demandada (o): COLPENSIONES- PORVENIR- PROTECCIÓN - COLFONDOS

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, siete (07) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de alzada presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones S.A., y surtir el grado jurisdiccional de consulta, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día **29 de agosto de 2022**, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54 001 31 05 002 2019 00535 00 y partida de este Tribunal Superior No. 20.072 promovido por la señora LUZ MARINA BARRERA ESPINOSA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A., EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, S.A. y PORVENIR, S.A. y COLFONDOS S.A.

I. ANTECEDENTES

La demandante LUZ MARINA BARRERA ESPINOSA demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada inicialmente a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, y posteriormente a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para convencerla de que se trasladara de régimen, y en consecuencia, se ordene el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, a las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera: Que nació el 16 de enero de 1965. Que se afilió al Régimen de Prima media con Prestación definida desde el 07 de julio de 1989. Que el 01 de mayo de 1995 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., luego el 01 de octubre de 1997 a PORVENIR S.A., fondo en que actualmente se encuentra inscrita.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada COLPENSIONES, S.A., ésta dio formal contestación, aceptando parcialmente los hechos y oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda, en el entendido que la demandante se trasladó del RPMPD al RAIS por voluntad propia y sin vicios, razón por la cual, la afiliación tiene plena validez, además, no es procedente regresar el régimen público porque esa inmerso en lo establecido en el literal B) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, por estar a menos de 10 años para pensionarse. Propuso como excepciones de fondo, las innominada o genérica, prescripción, buena fe, inexistencia del derecho para reclamar la prestación económica, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir juicio de proporcionalidad y ponderación.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a través de su apoderado judicial negó los hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, manifestando que la entidad, previo a realizar cualquier tipo de afiliación a los fondos que administra, ofrece siempre una asesoría de profesionalismo y transparencia, dadas las constantes capacitaciones que reciben los ejecutivos comerciales, las cuales están orientadas a un estudio profundo del sistema general de pensiones, y al marco legal que regula el mismo, buscando siempre la satisfacción de los clientes, generando tranquilidad y confianza en la afiliación.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación por pasiva, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada.

Por su parte, PORVENIR S.A., indicó que se opone a la totalidad de pretensiones principales incoadas por la demandante. Manifestó que no efectuó el traslado de régimen. Además, que en el traslado efectuado inicialmente no existió vicio alguno que amerite o genere su nulidad o ineficacia y de accederse a las súplicas de la demanda, sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe contractual. Que el formulario suscrito en su momento, da fe con firma manuscrita de la demandante que su traslado fue libre y espontaneo, y que recibió la información pertinente. Además, afirma que se cumplió con las obligaciones exigidas por las normas vigentes en el momento del traslado. Propuso las excepciones de mérito: falta de integración del contradictorio, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, innominada.

COLFONDOS presentó contestación a la demanda, negó todos los hechos y se opuso a las pretensiones. Afirmó que quien debe pronunciarse de fondo es la AFP Protección S.A. quien fue la señalada por la demandante como la entidad causante del cambio de régimen pensional. Añadió que la entidad cumplió con las formalidades para la afiliación la señora LUZ MARINA BARRERA ESPINOZA, al tiempo que recalcó que la vinculación fue resultado de la voluntad libre y espontánea.

Como excepciones presentó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios en el consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de la afiliación, compensación y pago, inexistencia de perjuicios, prescripción de la acción para solicitar la indemnización de perjuicios por nulidad del traslado, no procedencia de reconocimiento pensión de vejez en el RAIS bajo condiciones del rpm, inexistencia de prueba de perjuicios.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 29 de agosto de 2022, resolvió

PRIMERO: DECLARAR la inexistencia de la afiliación de la señora Luz Marina Barrera Espinosa, a la Administradora de Fondos de Pensiones Colfondos S.A., por los motivos expuestos. En consecuencia, declarar, que, para todos los efectos legales, el traslado del régimen ahorro individual, con solidaridad, no surtió efecto.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que proceda al traslado, de la demandante, y a devolver, al régimen de prima media, todos los valores, que hubiere recibido, con motivo de la afiliación, de la demandante, como Cotizaciones, Bonos Pensionales, Sumas adicionales de la Aseguradora, con todos los frutos e

intereses, como lo dispone, el artículo 1746, del Código Civil, esto es, con los rendimientos, que se hubieren causado, en virtud del regreso automático, al régimen de prima media, con prestación definida de Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR, a la Administradora Colombiana de Pensiones. Colpensiones, que una vez, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., de cumplimiento, a lo aquí ordenado, proceda aceptar, el traslado de la demandante, del régimen de ahorro individual, al régimen de prima media, con prestación definida.

CUARTO: CONDENAR, a la Administradora de Fondos de Pensiones Colfondos S.A. Protección S.A. Y Porvenir S.A., a asumir, los deterioros, sufridos del bien administrativo, en caso de que se hubieren causado, estos en las mermas sufridas, en el capital destinado, a la financiación de la pensión de vejez, los gastos de administración, y demás conceptos, establecidos, en el artículo 2017 de la ley 100 de 1993, en que hubieren incurrido, los cuales serán asumidos, de su propio patrimonio, siguiendo las reglas del artículo 963 del Código Civil.

QUINTO: CONDENAR, en costas, a la parte demandada Colfondos S.A., fijando como Agencias en Derecho, en favor de la parte demandante, la suma de Un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

SEXTO: REMITIR, el expediente, a la oficina judicial, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad, con el artículo 69 del Código Procesal Laboral y la Seguridad Social.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información a la afiliada al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado COLFONDOS S.A., basándose en el folio 17 del archivo 07 del expediente digital que da cuenta de los traslados efectuados por la demandante.

Afirmó que, de esta prueba, no es posible predicar la debida afiliación y traslado de la demandante del ISS a la AFP COLFONDOS.

El Juez recordó que la carga de la prueba de demostrar la debida información necesaria para realizar el cambio de régimen y señaló que COLFONDOS solo aportó un “*historial de vinculaciones*” y recortes de noticias que no son suficientes para cumplir con la obligación legal, por tal motivo accedió a las pretensiones de la demandante bajo la figura de la inexistencia del traslado.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, manifestando que la demandante estaba capacitada para entender la obligación que adquirió cuando registró su traslado de régimen; señaló que han pasado 20 años desde la afiliación, y que es tiempo suficiente para que la accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen. Afirma que la parte activa conoce de las obligaciones, pues en el interrogatorio de parte, se acreditó su profesión de abogado y ejerció labor como juez de la Republica.

Indicó que la obligatoriedad que surge de recibir a la demandante dentro del régimen de prima media, genera una inestabilidad financiera para el régimen de pensiones, teniendo en cuenta que la demandante siempre ha cotizado dentro del régimen de ahorro individual, y que el traslado de los fondos pensionales nunca son suficientes para el otorgamiento de las pensiones, por lo que se genera un desbalance dentro de Colpensiones, situación que se debe tener en cuenta al momento de generar los traslados de régimen pensional faltando menos de los 10 años para adquirir la pensión, trasgrediendo la normatividad vigente desde la Ley 100 de 1993.

Precisó que Colpensiones no tuvo ninguna intervención al momento de brindar información a la demandante, quien de manera libre y voluntaria tuvo la facultad de decidir qué fondo le favoreciera para obtener su derecho a la pensión, ya que en ese momento tenía otras expectativas con el fondo privado. Por último, pidió se tomará en cuenta la excepción de prescripción.

LA AFP PROTECCION S.A., fundamentó su recurso de apelación respecto al pago de los gastos de administración, alegando que se estaría desconociendo el trabajo de AFP en el marco de una relación contractual. Con base en esto, aunque se declare la ineficacia del traslado no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras, como son los rendimientos de la cuenta producto de la buena gestión de la AFP.

De otra parte, alegó que la exigencia de devolver el seguro previsional se considera inoperante porque el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección contrata con una aseguradora el pago del seguro previsional, cuando se presente el riesgo de la pensión de vejez o una pensión de invalidez o una pensión de sobrevivencia y en ese caso la aseguradora paga una suma adicional que se produce porque el fondo de pensiones mensualmente le está pagando, es girado directamente a la aseguradora prestando el servicio, la cual es un tercero de buena fe.

PORVENIR, S.A., fundamentó su recurso frente a las condenas previstas en los numerales 2 y 4 de la sentencia, solicitó sean revocadas conforme al inciso final de artículo 964 del Código Civil, argumentando que los frutos causados por el rendimiento de la cuenta son circunstancias jurídicas ya acaecida, tal situación no se puede dejar sin efectos porque, para la parte, no se puede retrotraer el buen actuar de la AFP, lo que podría constituirse como un enriquecimiento sin justa causa de la demandante.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

PORVENIR S.A. ratificó los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y el recurso de alzada, alegando que, no se incurrió en una indebida información sobre el traslado de régimen, ya que no existía norma jurídica que exigiera tal procedimiento; asegura que la demandante suscribió el formulario de traslado de manera libre espontánea y sin presiones; que no está de acuerdo con la devolución de los gastos de administración y las condena en costas procesales.

COLPENSIONES reiteró los argumentos de la contestación de la demanda, las excepciones y el recurso de apelación, afirmando que el traslado efectuado al RAIS, tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del traslado de régimen suscrito, debía probarse en el transcurso del presente proceso, situación que no ocurrió por parte de las AFP, lo anterior, teniendo en cuenta que la demandante efectuó su traslado del RPMPD al RAIS AFP COLFONDOS S.A., posteriormente a PROTECCIÓN S.A., y luego se afilia a la AFP PORVENIR S.A., en la cual se encuentra afiliada al día de hoy.

Asegura que la administradora no se tuvo ninguna intervención al momento de brindar información al demandante, quien, de manera libre y voluntaria, y reiterativa, tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión; ya que en este momento tenía otras expectativas con el fondo privado, puesto hizo su afiliación en el RAIS de manera reiterativa estando finalmente afiliado a este régimen pensional. Por último, solicitó analizar la excepción de prescripción.

La apoderada judicial de la demandante solicitó que sea confirmada en su totalidad la sentencia de primera instancia.

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

VII. CONSIDERACIONES

La Sala asume la competencia para decidir los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001; igualmente, por haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, una carga presupuestaria a COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta conforme lo dispone el art. 69 del CPT y SS.

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por la demandante LUZ MARINA BARRERA ESPINOSA en julio del año 1994 desde el ISS hoy COLPENSIONES

RPMPD a LA AFP COLFONDOS S.A. –régimen de ahorro individual son solidaridad.

2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, determinar cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, para PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Análisis probatorio

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

Así las cosas, se hace preciso mencionar que, en reiterados pronunciamientos, esta Sala en acatamiento del precedente vertical de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

También se ha dicho, contrario a lo expuesto por la AFP PORVENIR S.A., que el deber de información inició desde el año 1993 y se ha reforzado en los últimos años hasta el presente; así es que, teniendo en cuenta que la demandante LUZ MARINA BARRERA ESPINOSA se afilió al Régimen de Prima media con Prestación definida desde el 07 de julio de 1989 y se trasladó en el mes de julio de 1994 al Régimen de Ahorro Individual a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS COLFONDOS S.A., la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 - posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implica la

ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Es decir, contrario a las afirmaciones de las demandadas, cuando ocurrió el traslado inicial de la demandante, el orden jurídico sí contemplaba un deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó en el precitado precepto el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su *ineficacia*, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4360-2019 reiterada en la de radicado SL1055-2022.

Aunado a lo anterior, se reitera que el deber de información no se agota con la firma o suscripción de un formulario de afiliación, pues dichas manifestaciones se tornan 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).

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

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

Caso concreto

Y entonces, según lo expuesto, se encuentra en cabeza del fondo de pensiones la obligación de controvertir la declaración de ineficacia del acto de traslado al

régimen de ahorro individual con solidaridad, y a pesar de que, la señora LUZ MARINA BARRERA ESPINOSA en la demanda afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PROTECCIÓN S.A., durante el debate probatorio de las pruebas aportadas con la demanda y la contestación de la misma, se demostró que el traslado de régimen inicial fue hacia la AFP COLFONDOS S.A., quien acertadamente como lo resolvió el Juez A quo, fue quien incumplió con la carga probatoria de demostrar de manera fehaciente, que informó sobre las causas y efectos del traslado de régimen.

Bajo las anteriores consideraciones, se tiene que, la demandante LUZ MARINA BARRERA ESPINOSA nació el 16 de enero de 1965, que se afilió al Régimen de Prima media con Prestación definida desde el **07 de julio de 1989**. Que posteriormente se trasladó en el **mes de Julio de 1994** al Régimen de Ahorro Individual a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS COLFONDOS S.A., luego se traslada al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A., para posteriormente trasladarse a PORVENIR S.A., fondo en que actualmente se encuentra inscrita.

Este hecho del traslado de régimen pensional se acreditó en el folio 27 de la contestación de la demanda, documento bajo nombre “Historial de Vinculaciones” del SIAFP, donde se evidencia que en julio de 1994 la demandante se trasladó de régimen pensional, haciendo afiliación a la AFP CONFONDOS S.A., circunstancia que no demuestra la obligación de la AFP, pues la información y la libre escogencia no fueron demostradas.

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

Bajo las anteriores circunstancias, los argumentos sostenidos por los recurrentes COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCION S.A., no gozan de asidero jurídico, reiterándose que, en efecto, COLFONDOS S.A. no demostró que por su parte, se hubiera realizado una oferta respecto de proyecciones sobre el posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, que desde luego su resultado final, dependería del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, como tampoco se demostró que se proporcionara una comparación con el monto pensional que recibiría en el régimen de prima media, es decir, no se evidencia el estudio holístico entre las ventajas y desventajas que representara cada régimen para el caso particular de la demandante.

Además, le correspondía a la dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, la demandante en todo lo concerniente a las implicaciones del cambio de régimen pensional; no obstante, como ya se advirtió, en el expediente no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se cumplió con tal presupuesto legal, por lo que la simple manifestación genérica como la contenida en la solicitud de vinculación, no es suficiente para inferir que existió una decisión documentada por parte de la actora, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales por cuenta de la pasiva COLFONDOS S.A.

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

Segundo problema jurídico- montos a restituir

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que COLFONDOS S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en julio de 1994, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., y sus posteriores traslados entre régimen a los fondos PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. realicen la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

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

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De

no ser posible, es decir, cuando la vuelta al *statu quo ante* no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

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

Como la nulidad fue una conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de las mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiera incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C...”

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde el RPDPM hoy administrador por COLPENSIONES hacia el fondo privado COLFONDOS S.A., las cosas **deben retrotraerse como si dicho traslado no hubiera tenido lugar**, siendo entonces procedente la devolución por parte de dichos fondos privados a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, de manera completa, de todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización, debiéndose entonces CONFIRMAR en este sentido la sentencia apelada y consultada.

Por último, la **excepción de prescripción formulada por las demandadas y señalada por Colpensiones en su recurso**, no opera en estos asuntos, ya

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

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

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

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.00 m/cte.) a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a favor de la demandante.

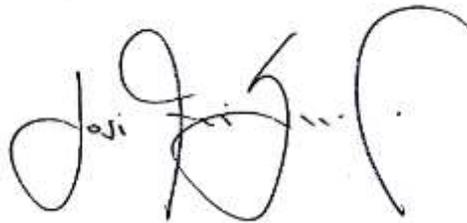
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 29 de agosto de 2022, por las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, esto es a COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, S.A. y PROTECCIÓN S.A., a favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE**



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



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 540013105002-
2019-00535-01**

PI 20072

LUZ MARINA BARRERA ESPINOSA contra
COLPENSIONES Y OTRO.

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

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep.

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

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado