



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 treinta y uno (31) de marzo dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-001-2021-00131-01 P.T. No. 20.113
NATURALEZA: ORDINARIO
DEMANDANTE: BLANCA LEONOR AYALA PEÑARANDA.
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS.
FECHA PROVIDENCIA: TREINTA Y UNO (31) DE MARZO DE 2023.
DECISION: “**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha 18 de octubre de 2.022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la parte demandada COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de \$500.000 a cargo de COLPENSIONES. Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.”

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 abril de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy diecisiete (17) de abril de 2023, a las 6:00 p.m.

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DE DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA**

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2.023)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2021-00131-01
RADICADO INTERNO:	20.113
DEMANDANTE:	BLANCA LEONOR AYALA PEÑARANDA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION SA

**MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 18 de octubre de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

La señora BLANCA LEONOR AYALA PEÑARANDA por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PROTECCION S.A, solicitando que se declare la ineficacia del traslado que realizó en el año 1.994 desde el RPMPD al RAIS y la nulidad de la afiliación a este último régimen. Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene a PROTECCION S.A. trasladar a COLPENSIONES, los aportes, rendimientos, bono pensional y demás emolumentos que existan en su cuenta de ahorro individual. También solicita que se declare que su afiliación a COLPENSIONES se encuentra vigente y sin solución de continuidad, por ende, se ordene a esa entidad, aceptar su traslado y gestionar ante PROTECCION lo que corresponda para que se realice en el menor tiempo posible y de acuerdo con lo establecido en las normas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones principales relata:

- Que nació el 9 de diciembre de 1.959, por lo que a la fecha de presentar la demanda contaba con 60 años de edad.

- Que el día 2 de noviembre de 1.979, la empresa DISER LTDA la afilió al RPMPD administrado por el SEGURO SOCIAL, en donde permaneció hasta el mes de agosto de 1.994, aportando un total de 683.29 semanas.

- Que en junio del año 1.994, promotores del fondo de pensiones PROTECCION S.A. se acercaron a las instalaciones de la Organización La Esperanza en donde laboraba, ofreciendo el traslado del RPMPD al RAIS, esgrimiendo beneficios como: que el afiliado se podía pensionar a cualquier edad, que el valor de la mesada

pensional podría alcanzar hasta un 100% del ingreso mensual del trabajador, que todos los trámites para el traslado serían realizados por la entidad para lo que solo bastaba firmar el formulario y que en virtud a la entrada en funcionamiento de los fondos privados y de acuerdo a la información que se estaba manejando, el seguro social tendía a desaparecer.

- Que el promotor comercial de la AFP a efectos de cumplir el cometido del traslado brindó una información errada e indebida, sin sustentar la misma, lo que la hizo incurrir en error al tomar la decisión de trasladarse, por no haberse advertido las consecuencias negativas tanto económicas, como financieras y jurídicas, que dicho traslado le acarrearía sobre la mesada pensional al momento de la reclamación del derecho y de cumplir los requisitos para su pensión, situación que torna ineficaz el traslado.

- Que para el mes de octubre de 2.020 alcanzó un total de 1.978,15 semanas aportadas al sistema. Que mantiene un promedio de ingreso base de cotización que supera el \$1.700.000 COP.

- Que el día 8 de octubre de 2.020, radicó ante COLPENSIONES bajo el N° 2020_10174426, un formulario de solicitud de traslado; con oficio 2020_10174426_23707977 la entidad negó el traslado, alegando que le faltan menos de diez años para pensionarse. Que el 18 de noviembre de 2.020 radicó petición ante la misma entidad bajo el N° 2020_11773484, donde solicitó además de otra información, la autorización de traslado de régimen; con oficio BZ2020_11773484-2597248, de fecha 4 de diciembre de 2.020, COLPENSIONES emitió respuesta negativa sobre el traslado, agotándose de esta forma la reclamación y la vía administrativa.

- Que el día 18 de noviembre de 2.020 presentó petición a PROTECCION, solicitando diversa información, la autorización del traslado para COLPENSIONES y una proyección de su mesada pensional en el RPM. Con oficio del 25 de noviembre de 2.020, la entidad negó la autorización de traslado, le ratificó que allí alcanzaría la garantía de pensión mínima y le presentó una proyección de la pensión en el régimen de prima media, informándole que si solicitaba en esa fecha la pensión, el total del dinero depositado en la cuenta de ahorro individual incluido el valor del bono pensional era de \$204.334.019 y el posible valor que recibiría en esa AFP como mesada pensional sería de \$877.803 (Garantía de Pensión Mínima) y que la mesada pensional en el RPM a la edad de 62, sería de \$1.374.290 con un IBL de \$1.728.329 (últimos 10 años).

- Que, de acuerdo a lo informado por PROTECCIÓN, en COLPENSIONES alcanzaría una tasa de reemplazo del 79.5% sobre el I.B.L. y una mesada pensional muy superior al salario mínimo que le ofrecen si se pensiona en el fondo privado, pues el valor de la mesada ofrecida por la AFP representa un 50.78% del I.B.L., muy por debajo de lo ofrecido por la promotora del fondo al momento de realizar el traslado.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al RPMPD administrado por el ISS y que radicó ante esa entidad solicitud de traslado que fue negada. Respecto a los demás hechos manifestó que no le constan o que son apreciaciones jurídicas, por lo tanto, se atiene a lo que resulte probado en el transcurso del proceso.

- Solicitó ser absuelta y expresó rechazo a las declaraciones y condenas deprecadas en la demanda, argumentando que a la demandante no le asiste el derecho reclamado ya que no puede desconocer su traslado de forma voluntaria y sin presión al RAIS, administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., en donde se ha mantenido desde el mes de junio de 1.994; ni

que actualmente se encuentra incurso en lo establecido por el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y el literal e) modificado por la Ley 797 de 2003, por estar a menos de 10 años para pensionarse.

- Que no se logra colegir la ausencia de alguno de los elementos de existencia y validez de la afiliación, ni tampoco que el demandante fuese engañado y conducido a un error en su convencimiento. Que se evidencia es la manifestación libre y voluntaria del actor de permanecer en el RAIS y la validez del formulario de afiliación que perfeccionó tal voluntad.

- Que, revisado el acervo probatorio, no se encuentra elemento que permita dar cuenta que, se presentó una falta de información por parte del fondo privado al momento de llevarse a cabo la suscripción del formato de afiliación al RAIS y que, por lo tanto, la insuficiencia de la información afecte los intereses del afiliado en procura de reivindicar su derecho o el acceso al mismo. Resaltó que esa entidad no intervino al momento de brindar información al hoy demandante, simplemente acató su voluntad de trasladarse de régimen pensional conforme a la normatividad.

- Que en materia de traslado de régimen pensional el precedente jurisprudencial ha mantenido una posición garantista en favor de los afiliados, indicando respecto al consentimiento informado del afiliado al momento de aceptar su ingreso al fondo, que las administradoras de pensiones tienen la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de información suficiente y transparente que le permita elegir entre las diferentes opciones, la que mejor se ajuste a sus intereses.

- Que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, lo que ha creado una situación ventajosa que favorece a los afiliados, ya que la exigencia probatoria no ha podido ser acreditada por los fondos, puesto que cuentan únicamente con los formularios de afiliación, conllevando a que los fallos judiciales en la actualidad se expidan en contra de dichas entidades y de manera colateral afecten los intereses de Colpensiones.

- Que la Corte Suprema desconoció el precedente constitucional al valerse de manera generalizada de la presunta ignorancia de la ley por parte de los afiliados, para considerarlos como parte débil y en consecuencia legos o inexpertos, olvidando adicionalmente que el error de derecho no es justificable en los negocios jurídicos, menos para buscar un aprovechamiento pensional.

- Que la Corte Suprema dentro de los aludidos fallos ordena trasladar a la administradora del régimen de prima media, los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, en muchos casos debidamente indexados. Así mismo señala que la positivización de la prescripción 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.

- Que la Corte también ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional, por lo cual, no puede predicarse ausencia absoluta de información cuando se le ha informado sobre el saldo en su cuenta de ahorro individual, las modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanece un número de años considerables en el Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.

- Que, a juicio de la Corte Constitucional, el período de carencia previsto en la norma no vulnera el derecho a la igualdad, ni ningún otro principio o derecho fundamental que emane de las relaciones de trabajo. Que el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.

- Que, el reconocer la nulidad o ineficacia del traslado solicitada y trasladar la totalidad de los aportes a Colpensiones, atenta contra la estabilidad del sistema pensional colombiano administrado por esta, pues al permitírsele dicho traslado al demandante después de vencida la oportunidad legal para ello transgrede la finalidad constitucional del término establecido en la norma. Según la Corte, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

- Que según la sentencia SL373-2021 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Magistrada Ponente CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, si la calidad del afiliado a la AFP PORVENIR S.A., se encuentra en validez y ya posee la condición de pensionado, no puede prosperar la ineficacia de la afiliación, toda vez que, no se puede retrotraer el estado mismo de las cosas por haber un hecho consumado, pues esto implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía.

- Propuso las excepciones de mérito: buena fe; inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir; cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación; legalidad de los actos administrativos; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen; inoponibilidad por ser tercero de buena fe; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; imposibilidad de condena en costas; prescripción; imposibilidad de volver al estado mismo de las cosas por haber un hecho consumado y la genérica.

La demandada AFP PROTECCION al contestar la demanda a través de apoderada judicial manifestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento y edad de la actora, así como que en el mes de octubre de 2.020 alcanzó un total de 1.978,15 semanas aportadas al sistema, que tiene un IBC mensual que supera el \$1.700.000 y que el 18 de noviembre de 2.020 presentó petición ante esa entidad, solicitando información, proyección de su mesada pensional en el RPM y autorización de traslado para COLPENSIONES, lo cual fue negado porque la AFP no tiene competencia para anular la vinculación de un afiliado, pues este procedimiento supone una declaración judicial que deje sin efectos un documento amparado por la presunción de legalidad. Sobre los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan.

- Expresó que sus asesores, en el mes de abril de 1.994 brindaron a la demandante asesoría completa, clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente en relación con los efectos jurídicos, las consecuencias generadas por el traslado de régimen pensional, la viabilidad o no de trasladarse de régimen pensional, las prestaciones que se otorgan, las modalidades para acceder al reconocimiento pensional, las ventajas, desventajas, y en general todo lo atinente a la regulación que en materia pensional expide el Gobierno Nacional; en tal sentido, aquella optó de manera libre y voluntaria trasladarse de régimen pensional.

- Que se debe tener en cuenta que la ley 100 de 1993 consagra que el Sistema General de Pensiones está conformado por dos regímenes pensionales para los cuales plantea diferentes requisitos para acceder a la pensión de vejez, por tal razón,

no es viable que la demandante realice un comparativo cuando tienen tipos de funcionamiento propios e independientes.

- Indicó que se opone a las pretensiones de la parte demandante, toda vez que no existe causal que invalide su afiliación voluntaria al RAIS. Denotó que, en el formulario de solicitud de vinculación, la actora a través de su firma expresó su voluntad de permanecer afiliada al Régimen de Ahorro Individual, asumiendo los riesgos que conllevaba el mismo y a sabiendas de los beneficios que dicho régimen le ofrecía. Que dicho formulario se encuentra revestido de legalidad por cuanto la demandante lo diligenció de manera libre y voluntaria, tal y como lo señala el Decreto 692 de 1994. Por lo anterior, la afiliada no suministra prueba alguna de error de hecho o de derecho que vicie el consentimiento, más allá de afirmarlo; contrariando sus propios actos, al existir manifestación de voluntad expresa con la firma del formulario de afiliación, razón por la cual, es claro que recibió información detallada, clara, precisa y concisa sobre las ventajas y desventajas de afiliarse al RAIS.

- Que la señora BLANCA LEONOR AYALA PEÑARANDA, cuenta con 62 años de edad, por lo que no sería posible efectuar el traslado de régimen por traslado normal. Sin embargo, al aplicar lo establecido en las Sentencias C1024 de 2004, C-789 de 2002 y SU 062 de 2010 y considerando que ha presentado solicitud de traslado a COLPENSIONES, se procede a verificar de manera anticipada al requerimiento que dicha entidad debería efectuar, si al 1º de abril de 1994, tenía 15 años de servicios prestados o cotizados, equivalentes a 750 semanas y que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubiere permanecido en el régimen de prima media, para validar si la demandante cumplía con los requisitos para regresar al régimen de transición, evidenciando que, al 1 de abril de 1994, contaba con 34 años y menos de 750 semanas de cotización, al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social, por lo que el mismo no era beneficiaria del régimen de transición.

- Que durante todo el tiempo que la demandante ha estado afiliada a esa AFP, ha administrado los dineros que la misma ha depositado en su cuenta de ahorro individual, gestión que se ha realizado con la mayor diligencia y cuidado, pues es una entidad financiera experta en la inversión de los recursos de propiedad de sus afiliados; adicionalmente, dicha gestión de administración se ve evidenciada en los buenos rendimientos financieros que ha generado la cuenta de ahorro individual de la actora, los cuales deben ser devueltos junto a los aportes en el hipotético evento que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS y se condene a esa AFP a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, pero no es procedente que se ordene la devolución de lo descontado por comisión de administración, toda vez que, se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración, como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

- Que el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en esto debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena gestión de la AFP y el fruto o mejora de la AFP es la comisión de administración, la cual debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

- Señaló que en caso de que se le ordene devolver a COLPENSIONES los aportes de la demandante, los rendimientos generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de la actora, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de esa AFP, sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada, realizando el juez una interpretación no acorde con la Constitución

ni con la ley, en detrimento del patrimonio de esa entidad, vulnerándosele el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada a una de las dos partes del contrato que fue declarado nulo y fue suscrito de buena fe por la AFP. Por lo anterior, pide ser absuelta de todas las pretensiones de la demanda.

• Propuso las excepciones de: declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación con la AFP PROTECCIÓN S.A; buena fe por parte de AFP PROTECCIÓN S.A; inexistencia de la obligación de devolver los gastos de administración; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por afectación a terceros de buena fe; prescripción y la genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES contra la Sentencia del 18 de octubre de 2.022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“Primero: Decretar la nulidad e ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual que la demandante BLANCA LEONOR AYALA PEÑARANDA hizo a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION SA en agosto de 1994.

Condenar a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN SA a devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido por motivo de la afiliación de la demandante BLANCA LEONOR AYALA PEÑARANDA, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del código civil y todos los descuentos realizados, esto es, con los rendimientos que hubieren causado en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Se ordena a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, que una vez la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN SA de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a aceptar el traslado de BLANCA LEONOR AYALA PEÑARANDA del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por ellos administrado, sin solución de continuidad.

Se condena a la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN SA a asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado en caso de que se hubieren causado, esto es las mermas sufridas por el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio siguiendo las reglas del artículos 963 del código civil y del contenido de la sentencia SL5686 de 2021, de conformidad con las motivaciones que anteceden esta sentencia.

Costas a cargo de los demandados. Se declaran no prosperas las excepciones propuestas.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

El juez de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

• Que la única prueba dentro del expediente sobre el cambio de régimen pensional es la que se observa en la historia laboral de la demandante que fue expedida por la AFP PROTECCION SA, donde se informa que tiene un bono pensional que corresponde a 683,29 semanas y que en ese fondo desde su vinculación en agosto del 94 ha cotizado un total de 1.294,86 semanas, para un total de 1.978,15 semanas a noviembre 20 de 2020.

- Que obran igualmente los derechos de petición y las reclamaciones que la demandante efectuó a través de apoderado ante las demandadas, buscando documentos, la nulidad y su regreso al RPM, al cual no le dieron viabilidad ninguna de las dos entidades.

- Que PROTECCION lo único que aporta es la historia laboral expedida en junio 23 de 2.022, donde aparece la demandante con un total de 1.982,43 semanas cotizadas al sistema pensional. Expresó que no se probó la afirmación del fondo sobre que al momento del cambio de régimen en agosto de 1.994, a la actora se le dio una información clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente en relación a los efectos jurídicos, las consecuencias generadas por el traslado de régimen pensional, la viabilidad o no del traslado de régimen pensional, las prestaciones que se otorgan, las modalidades para acceder al reconocimiento pensional, las ventajas, desventajas y en general todo lo atinente a la regulación que en materia pensional expide el Gobierno Nacional.

- Que en el expediente también se encuentra la prueba de los aportes que la demandante realizó en el RPMPD desde diciembre 5 del año 1.988, ante el ISS hoy COLPENSIONES, en un total de 674.43 semanas.

- Que la actora en el interrogatorio de parte fue clara en afirmar que en al año 1.994 fue visitada en su lugar de trabajo por promotores del fondo PROTECCION SA, quienes le manifestaron que se podía pensionar con menos edad y la mesada pensional iba a ser equivalente al último salario devengado o cotizado, en lo cual confió totalmente y no hizo ninguna averiguación ante las demandadas; que cuando se va a pensionar es que se da cuenta y se asesora, por lo que manifiesta que la diferencia de su mesada pensional si se pensiona con el Fondo o si se pensiona con COLPENSIONES es de \$400.000 a \$500.000, lo que es una diferencia muy grande y muy importante para ella, por ser una persona sola, viuda, que no tiene hijos y que se afilió porque confió y creyó que era lo mejor.

- Que el Fondo alega que a la actora se le dio toda la información y se le explicaron todas las consecuencias, pero brilla por su ausencia que se hubiera dado al menos la información mínima, que era la explicación de que en Colombia existían los dos regímenes pensionales, en qué consistía cada uno de ellos y cuáles eran las ventajas y desventajas, para que con esto la demandante hubiera podido hacer sus averiguaciones o asesorarse, pues le hablaron solamente de los beneficios, al punto que menciona la actora en el interrogatorio de parte, que ni siquiera le dijeron lo que pasaba con su plata si ella fallecía o si no alcanzaba a pensionarse.

- Que Colpensiones manifiesta que no se avizora vicio del consentimiento de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil y que el traslado fue libre y voluntario, por lo que no hay lugar a declarar la ineficacia y /o nulidad, ni a condenar en costas por haber actuado de buena fe. Expresa que se opone a que se ordene la afiliación sin solución de continuidad de la demandante al RPMPD por ellos administrado y que se niegue la devolución de los dineros de la cuenta individual que tiene en PROTECCION SA.

- Que el representante del Ministerio Público manifestó que desde la creación de la Ley 100 de 1.993 existía para los fondos la obligación de esa información mínima y primaria a sus afiliados, conforme a lo expuesto en la misma normatividad y en el artículo 97 del estatuto financiero - Decreto 663 del 93, donde se exigía a los fondos explicar a los interesados, las ventajas y desventajas de cada régimen, sus características y cuales beneficios iba a adquirir el afiliado al hacer un cambio o al inscribirse en cualquiera de los dos regímenes. Que, ante la manifestación de la demandante de no haber recibido esa información, de conformidad con la jurisprudencia de la sala laboral, se ha invertido la carga de la prueba y son los fondos quienes deben probar que esa información mínima e inicial se le dio a su afiliado, pero brilla por su ausencia cualquier información diferente a que fueron allá, le llenaron el formulario y ella firmo. Que el señor procurador solicita que se

tenga en cuenta el contenido de la sentencia SL 5686 de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, donde se ha dispuesto que en protección al sistema pensional se debe ordenar la devolución no solamente de los gastos de administración como inicialmente lo sostenía la Corte, sino también de todas las mermas sufridas por el capital pensional de los afiliados y los seguros previsionales, tal y conforme lo contemplan los artículos 20 y 60 de la Ley 100 de 1993.

- Que la falta de información clara, precisa y veraz a los afiliados al momento de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100, lo que genera es una ineficacia, consecuencia de ello y al no obrar prueba que indique que en agosto de 1.994 el Fondo PROTECCIÓN SA hubiere cumplido con la obligación de la información que debía dar a su afiliado conforme a las exigencias del artículo 97 del decreto 663 del 93, no queda otro camino que condenar a esa AFP a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante y asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado en caso de que se hubieren causado. Ordenó a COLPENSIONES que una vez la AFP cumpla, proceda a trasladar a la actora del RAIS al RPMPD.

- Finamente indicó que, vencido los demandados en juicio, serán a su cargo las costas procesales y no podrán prosperar las excepciones propuestas. En cuanto a la excepción de prescripción señaló que esta acción se puede interponer en cualquier momento.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada COLPENSIONES:

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que el recurso se presenta contra la integridad de la sentencia proferida porque disiente de la misma, ya que existió una debida, comprensible y suficiente información al momento de llevar a cabo la afiliación inicial al régimen.

- Que se evidencia que no hubo interés por parte de la accionante, en indagar la veracidad de lo informado, es decir sí hubo asesoría y debió hacer su traslado en el término que le otorga la ley y teniendo conocimiento de las condiciones en que se encontraba afiliada.

- Que se debe tener en cuenta, que la principal inconformidad radica en que se condene la ineficacia pretendida aun cuando el deseo del traslado de la demandante obedece a situaciones que no tienen nada que ver con una indebida o insuficiente información, pues se direcciona a recibir un mejor monto pensionario en esa Administradora, argumento que no es válido porque cada régimen tiene normativas y cálculos diferentes.

- Indicó respecto a la condena en costas, que Colpensiones se encontraba sujeta a lo normativamente instituido y que no proceden los traslados de régimen cuando faltan menos de 10 años para pensionarse, como es el caso de la actora, igualmente, que dicha entidad no fue determinante en el traslado del régimen, por lo que es una condena innecesaria.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS

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

• DEMANDANTE:

El apoderado judicial de la señora BLANCA LEONOR AYALA PEÑARADA, solicita que se confirme la sentencia apelada, alegando que la demandada PROTECCION S.A., no aportó prueba sobre el cumplimiento de su obligación de brindar una información objetiva, concreta y cierta a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen.

Manifestó que el recurso presentado por la demandada COLPENSIONES no está llamado a prosperar, toda vez que existe una línea jurisprudencial constante y clara de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que constituye doctrina probable y ha sido acogida de manera plena por esta Sala en diferentes sentencias sobre casos que comportan los mismos presupuestos de hecho y de derecho.

De la conclusión a la que arribó el a quo, reiteró lo relativo a que los Fondos de Pensiones desde su creación tenían la obligación de brindar una información debida a los usuarios y que son responsables frente a las actuaciones de sus promotores, de acuerdo a lo contemplado en el Decreto 663 de 1.993, en concordancia con lo contenido en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993 y el inciso 1. ° del artículo 271 ibídem.

• COLPENSIONES:

La apoderada judicial de COLPENSIONES solicita que se revoque la decisión proferida en primera instancia y se absuelva a su representada de las pretensiones de la demandante. Manifiesta que esa Administradora por vía administrativa no pudo reconocer el traslado, en virtud de la falta de requisitos legales. Que el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez, ya que se realizó en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen.

Que le corresponde a la AFP PROTECCION S.A, probar que la información que brindó a la actora al momento de afiliarla y del cambio de régimen, fue idónea y la suficiente para que la decisión de traslado fuera libre de vicios.

Que no es posible aceptar el traslado de la demandante porque ya superó la edad para el reconocimiento de la pensión de vejez. Insistió en que COLPENSIONES no intervino al momento de brindar información a la actora, quien, de manera libre, voluntaria y reiterativa, tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión. Que la ineficacia le resultaría inoponible por ser tercero de buena fe, como mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en su caso se consolida por el tiempo en que aquellos afiliados permanecieron en el RAIS.

Que en el evento en que se considere que existieron las causales para la ineficacia o nulidad del traslado, se revise el estado actual de la demandante y si se encuentra en condición de pensionado, puesto que no se puede retrotraer el estado mismo de las cosas por haber un hecho consumado. Reiteró la excepción de prescripción y expresó que se opone a la condena en costas porque la entidad ha actuado con la creencia de haber cumplido su deber.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguiente:

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado que la señora BLANCA LEONOR AYALA PEÑARANDA realizó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PROTECCIÓN S.A.?, y de ser procedente, ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de todos los valores que hubiere recibido la AFP con motivo de la afiliación de la actora, con todos sus frutos e intereses conforme lo dispone el artículo 1746 del código civil y todos los descuentos realizados?

8. CONSIDERACIONES:

Procede esta Sala a determinar en primer lugar, si el traslado de la señora BLANCA LEONOR AYALA PEÑARANDA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó en el año 1.994, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., o si en su defecto, procede la declaratoria de ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS y el orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES, pues esto implicaría que la demandante se encuentra actualmente afiliada al RPMPD.

Al respecto el a quo concluyó, que era procedente declarar la ineficacia del traslado dado que existe un deber de información de las administradoras a sus afiliados al momento de consolidar el mismo, respecto del cual era necesario demostrar que a la demandante se le entregó información veraz, clara y completa sobre los beneficios y desventajas de cada uno de los regímenes, que le facilitara una escogencia de fondo pensional, lo que jurisprudencialmente se ha señalado es carga de la prueba de la AFP y no se cumplió, por lo que accedió a las pretensiones.

A esta conclusión se opuso COLPENSIONES alegando que existió una debida, comprensible y suficiente información al momento de llevar a cabo la afiliación inicial al régimen y que la accionante no estuvo interesada en indagar la veracidad de lo informado. También expuso que la actora debió hacer su traslado en el término que le otorga la ley, teniendo conocimiento de las condiciones en que se encontraba afiliada y que dicho traslado ya no procede por faltarle menos de 10 años para pensionarse. Que el deseo del traslado de la demandante obedece a situaciones que no tienen nada que ver con una indebida o insuficiente información, pues se direcciona a recibir un mejor monto pensionario en esa Administradora, argumento que no es válido porque cada régimen tiene normativas y cálculos diferentes.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Para que un traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual adquiera plena determinación, dicha actuación debe contener un pleno acatamiento de este deber para que de esa decisión se pueda predicar la libertad y voluntariedad exigida, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia sentada desde el año 2008 ha determinado que previo a su decisión, los ciudadanos deben recibir de los fondos la información completa respecto a lo que arriesgan con tal actuar, porque de no ser así, bien por brindarse una incorrecta u omitirse la relevante, puede entenderse que existe un error que vicia su voluntad. En otras palabras, es posible predicar la ineficacia de la vinculación al RAIS por un vicio en el consentimiento denominado error, que hace imposible que la selección del nuevo régimen sea soberana y potestativa

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando 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; providencia que ha sido reiterada en SL2611 del 1 de julio de 2020.

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

Cabe recordar que, el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, pues ya los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, exigían de estas cumplir sus funciones con suma diligencia, con prudencia y pericia, dentro de las cuales se entienden: la transparencia, la vigilancia, y el deber de información. Ello, según ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas sino también a las responsabilidades que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación.

Al respecto la sentencia SL1452 de 2019 hace un recuento de las etapas de este deber de información, reiterando que surge con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y que sus decisiones previas identifican que inclusive en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, numeral 1º del artículo 97 impone a las entidades el deber de suministrar la información necesaria a los usuarios para las operaciones que realicen y que ello implica entender la transparencia como *“una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”*.

Prosigue la Corte identificando las normativas de diversa índole que se han proferido desde entonces para garantizar el cumplimiento de este deber a favor de los afiliados, imponiendo 3 puntos fundamentales:

(i) La constatación del deber de información es ineludible, pues si desde el principio las AFP tenían el deber de brindar información con el paso del tiempo este grado de exigencia se ha intensificado y los jueces tienen el deber *“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”*.

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre,*

*espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información***” dado que “*el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, 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*”.

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que “*es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez*”, de manera que “*si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo*” el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

De ahí que, siendo los fondos privados quienes tienen a cargo la obligación de asesorar a los futuros afiliados en los términos indicados, y cuentan con los medios técnicos y con los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, son estos, los que en el proceso judicial deben acreditar que la información dada al cotizante satisface las exigencias legales, para establecer así la existencia o no de error en la voluntad del afiliado. Es decir, hay una inversión de la carga de la prueba, determinada por la mejor posición para probar de las AFP. Luego, estas entidades deben detallar plena y fehacientemente a quienes pretendan pertenecer al sistema de ahorro individual: (i) las diferencias en cada uno de los sistemas pensionales, (ii) las proyecciones de la mesada por vejez que podrían recibir tanto en el RAIS como en el RPM, y (iii) las implicaciones y la conveniencia de optar por uno u otro régimen pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que “*es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez*” y por lo tanto “*si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca*”, máxime cuando el deber de información “*es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PROTECCION S.A.; pues argumenta la demandante que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

La demandante manifestó que nació el 9 de diciembre de 1.959, por lo que a la fecha de presentar la demanda contaba con 60 años de edad. Que el día 2 de noviembre de 1.979, la empresa DISER LTDA la afilió al RPMPD administrado por el SEGURO SOCIAL, en donde permaneció hasta el mes de agosto de 1.994, aportando un total de 683.29 semanas. Que, en junio del año 1.994, promotores del fondo de pensiones PROTECCION S.A. se acercaron a las instalaciones de la Organización La Esperanza en donde laboraba, ofreciendo el traslado del RPMPD al RAIS, esgrimiendo unos beneficios y brindándole una información errada e indebida, lo que la hizo incurrir

en error al tomar la decisión de trasladarse. También informó que el 18 de noviembre del 2020, adelantó reclamación ante las demandadas, solicitando autorización para el traslado al RPMPD y obtuvo respuesta negativa.

De las historias laborales expedidas por las demandadas y que reposan en el expediente se puede evidenciar que desde noviembre de 1.978 la actora se encontraba vinculada al sistema pensional a través de diferentes empresas y el 23 de abril de 1.986 se afilió al RPMPD administrado por el Seguro Social, aportando a dicho régimen un total de 683.29 semanas. Así mismo, que en septiembre de 1.994 empezó a cotizar a pensiones a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., entidad a la que se encuentra vinculada a la fecha y en donde al 23 de junio de 2.022 había cotizado 1.299,14 semanas.

Se resalta que no obran pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento del traslado de régimen pensional y que no se aportó el formulario de vinculación de la actora a la AFP demandada por medio del cual se realizó dicho traslado, reiterando que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en la demandante, es decir, la señora BLANCA LEONOR AYALA PEÑARANDA no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones la carga de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PROTECCION S.A, brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para el año 1.994 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referido con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento PROTECCION S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, y no aportó prueba alguna que lo confirmara, ya que con las aportadas al proceso no se infiere con certeza que la situación pensional particular de la actora haya sido estudiada y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a la señora BLANCA LEONOR AYALA PEÑARANDA donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Aunque no se aportó el formulario de afiliación a la AFP demandada, por medio del cual se realizó el traslado de régimen pensional, es necesario precisar que respecto a la suficiencia del mismo, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por si sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las*

incidencias del cambio de régimen”; por lo que este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento de la afiliada, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que la indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales del recurso de apelación de COLPENSIONES son desestimados, pues para que se enervara la decisión, la AFP demandada debía enfocarse en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

Por otra parte, sobre la prescripción alegada por las demandadas, se advierte que, al tratarse el presente asunto de una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental de la Seguridad Social, su exigibilidad puede darse en cualquier momento en aras de obtener su íntegro reconocimiento. Por lo tanto, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en los fondos privados por cambio de régimen pensional no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada.

Así lo ha expresado en diversos pronunciamientos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluye por ejemplo en providencia SL361 de 2019 que *“la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada”*; por lo que esta excepción no está llamada a prosperar.

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta de la actora, se ha concluido que PROTECCIÓN S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y descuentos realizados por gastos de administración y seguro previsional a COLPENSIONES, tal como fue señalado 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 lo siguiente: *«...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...»*.

Esto ha sido recientemente reiterado por la Sala de Casación Laboral en proveído SL2877 de 2020, donde se dijo:

*“En el sub lite, 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.***

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que PROTECCIÓN S.A. y PROTECCIÓN S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar **los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.**»*

Por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A., deberá devolver completamente todas las prestaciones que recibieron de la afiliada, 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 y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones. Los cuáles están en custodia de la Administradora y no de la aseguradora, para quien la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la demandada PROTECCIÓN S.A., incumplió su deber de información, hecho que genera consecuencias y efectos jurídicos, que han sido objeto de pronunciamiento por la Sala de Casación Laboral en su Sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, que señaló:

*“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).***

Con todo, se concluye sin mayor elucubración que, a la AFP demanda, le asiste la obligatoriedad de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que, desde su creación, fue ineficaz, por lo cual, indistinto de lo afirmado por la apoderada de PROTECCIÓN S.A., referente a que los descuentos se hicieron con fundamento jurídico, ya que es claro para esta Sala de Decisión, a partir de lo expuesto, que la ineficacia del traslado, genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y estas deben ser cubiertas por el receptor de las mismas en el momento que duró la afiliación.

Respecto de los argumentos sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

*“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- **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, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”*

De lo anterior se desprende, que es la AFP quien, al predeterminar la ineficacia, está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Lo anterior permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar a la actora desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1.994 en esa entidad.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que “a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad por la actora pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio, además que PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y ejercieron su actividad procesal contra las mismas, por lo que resultaron vencidas en este asunto y contra ellas procede la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 18 de octubre de 2.022; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a la demandada COLPENSIONES al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$500.000 a cargo de COLPENSIONES.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 18 de octubre de 2.022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de \$500.000 a cargo de COLPENSIONES.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

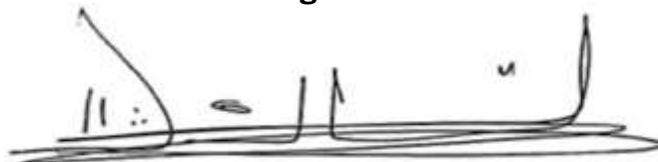
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado
ACLARO VOTO



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA
SALA LABORAL**

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 54-001-31-05-001-
2022-00131-01**

PI 20113

BLANCA LEONOR AYALA PEÑARANDA contra
COLPENSIONES Y OTRO.

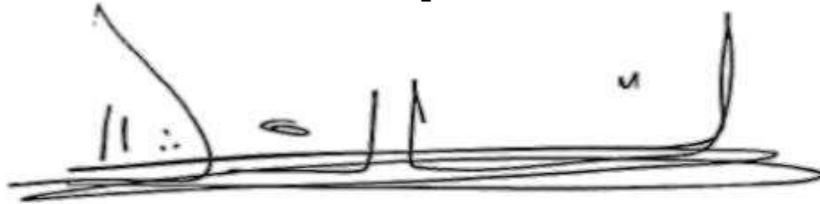
Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala, por las razones que a continuación explicaré:

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