



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 diez (10) de marzo dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-004-2022-00115-01 P.T. No. 20.138
NATURALEZA: ORDINARIO
DEMANDANTE: ZORAIDA PARRA GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRA.
FECHA PROVIDENCIA: DIEZ (10) DE MARZO DE 2023.
DECISION: **“PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha 31 de octubre de 2.022 proferida por el Juzgado Cuarto 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 las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada. 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 dieciséis (16) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy veintiuno (21) de marzo 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

Diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2.023)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2022-00115-01
RADICADO INTERNO:	20.138
DEMANDANTE:	ZORAIDA PARRA GÓMEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 31 de octubre de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Cuarto 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 ZORAIDA PARRA GÓMEZ por intermedio de apoderada judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PORVENIR, solicitando que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que efectuó al RAIS el 2 de junio de 1998 con la afiliación a COLPATRIA y se les ordene a las demandadas realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen; que como consecuencia, PORVENIR traslade al RPMPD administrado COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, esta última la reciba sin solución de continuidad y una vez reciba los aportes, proceda a corregir y actualizar su historia laboral.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata:

● Que nació el 23 de octubre de 1963 y se afilio al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL donde estuvo hasta el 1 de junio de 1988, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la A.F.P. COLPATRIA, hoy asumida por PORVENIR S.A.

• Que al momento de trasladarse, el asesor de la AFP no le informó en forma concreta cuales eran los beneficios que ganaba o que perdía con dicho traslado, sino que la persuadió en forma indebida argumentando que tendría unas prebendas mayores a las del régimen de prima media, situación que alega no es verdad, pues es claro que su pensión en el régimen de ahorro individual será mucho menor a la que le correspondería en aplicación de lo establecido en la ley 100 de 1993, lo que derivó en el traslado inducida al error.

• Que ha solicitado directamente a las demandadas declarar la ineficacia de su traslado y retornar al régimen de prima media, pero se ha negado por faltarle menos de 10 años para tener la edad de pensión.

La demandada AFP PORVENIR al contestar la demanda a través de apoderado judicial manifestó:

- Que no le constan los hechos, que los mismos deben probarse y que se opone a las pretensiones porque la Administradora realiza exhaustivos procesos de capacitación y formación a sus funcionarios en relación con el funcionamiento del Sistema General de Pensiones y las prestaciones que el mismo otorga, con el fin de atender de manera eficiente y oportuna todas y cada una de las inquietudes que sus afiliados actuales y potenciales puedan llegar a tener en relación con su futuro pensional; quedando expresado el interés y voluntad en el diligenciamiento del formulario y tras ello se entregan los informes trimestrales, realizándose también en 2004 la campaña masiva de información sobre traslados libres.

- Que la parte demandante se limitó en un relato difuso e impreciso a endilgarle responsabilidad sin sustento probatorio alguno. Que las pruebas documentales que se aportan, en particular el formulario de vinculación o traslado, suscrito por la demandante, bajo la gravedad del juramento, da constancia de que hubo una debida asesoría y que tomó su decisión de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que despeja cualquier duda acerca de la posible ocurrencia de un vicio de la voluntad y hace necesaria la absolución de esa AFP.

- Que tan consiente y valida fue la decisión del demandante que el art. 3 del Decreto 1161 de 1994 le ofrecía la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a su elección y no lo hizo.

- Que informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen a través de los canales dispuestos por la Administradora, los extractos trimestrales y en el año 2004 realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, informando la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en la normas y el demandante no hizo uso de ese legítimo derecho.

- Que no le constan los hechos narrados y se opone a las pretensiones al no existir vicio alguno que amerite o genera la nulidad e ineficacia del traslado, siendo la contravención de un acto propio que desconocería la buena fe negocial; que en todo caso cualquier declaratoria de nulidad da derecho a las partes a restituir las cosas al estado en que se hallarían y garantizar las restituciones mutuas; resaltando que desde providencia SU062 de 2010 se ha expuesto el deber de la equivalencia entre los ahorrado entre ambos regímenes dadas sus diferencias esenciales.

- Que el demandante después de muchos años demanda la nulidad de su traslado, cuando durante ese lapso, ya existía información decantada y accesible al público en general acerca de las diferencias e implicaciones de los regímenes pensionales de la Ley 100 de 1993, y dejó pasar todas las oportunidades que las disposiciones legales le ofrecían para hacer válidamente un nuevo traslado de régimen pensional y además, se encuentra incurso en la prohibición legal de traslado de régimen del art. 2 de la ley 797/2003, pues se encuentra a menos de 10 años de la edad de pensión, lo que evidencia conformismo o en el peor de los casos, desidia sobre el asunto, no puede ahora alegar su propia torpeza.

- Que la H. Corte Constitucional ha trazado una clara línea jurisprudencial en las sentencias SU-062/2010, C-1024/2004 y SU-130/2013 en los eventos en los cuales le es permitido a los afiliados trasladarse de regímenes en cualquier tiempo, sin estar sujetos a la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2 de la Ley 797 de 2003, estableciéndose que los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para trabajadores del sector privado o 30 de junio de 1995 para el caso de servidores públicos departamentales, municipales y distritales, pueden trasladarse en cualquier tiempo del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, lo que no está acreditado en este caso.

- Que en la sentencia de la CSJ-Sala Laboral, SL19447-2017 de fecha 27 de septiembre de 2017, Radicado No 47125, MP Gerardo Botero Zuluaga, se establece como uno de los requisitos de procedencia para declarar ineficaz la afiliación, que la

insuficiencia de información impida el acceso al derecho a pensión y para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

- Que en el remoto e improbable evento de acceder a las suplicas de la demanda, se debe considerar que de conformidad con la sentencia SU-062/2010 y el Decreto 3995/2008 es requisito *sine qua non* para que se produzca el traslado de regímenes que exista equivalencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media y de existir diferencia debe ser asumida por el afiliado, en consonancia con el art. 1746 del CC que contiene los efectos de la declaración de nulidad.

- Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que admitía los hechos relacionados las fechas de nacimiento y afiliaciones en que la demandante realizó aportes en el RPMPD, acorde a su expediente administrativo. Respecto a los demás hechos manifestó que no le constan y deberán ser demostrados por la interesada.

- Que se opone a la declaratoria de ineficacia de la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues goza de plena validez, teniendo en cuenta que la escogencia y afiliación a un determinado régimen de pensiones, es un acto libre, consciente y voluntario del trabajador, como una persona legalmente capaz en un acto con objeto y causa lícita.

- Expuso que el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93 y la afirmación de indebida y engañosa información, deberá alegarse y demostrarse en el transcurso del proceso judicial; aclarando que la actora realizó su afiliación al RAIS de manera voluntaria y autónoma desde la libertad que le otorga la ley para hacerlo, sin que en dicho acto jurídico haya intervenido Colpensiones, firmando formulario de afiliación al fondo privado.

- Señaló que no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, 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, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.

- Respecto a la carga dinámica de la prueba manifestó que la posición jurisprudencial 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, por lo que creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso, y ya que los fondos de pensiones no han podido acreditar la exigencia probatoria de la suficiencia de la información suministrada al momento del traslado puesto que cuentan únicamente con los formularios de afiliación, los fallos judiciales en la actualidad se expiden en contra de dichas entidades y de manera colateral afectan los intereses de Colpensiones.

- Propuso las excepciones de mérito de: buena fe, inexistencia de la obligación demandada, falta de derecho para pedir, prescripción, cobro de lo no debido, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación y genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la Sentencia del 31 de octubre de 2.022 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: - DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la parte demandante ZORAIDA PARRA GOMEZ c.c. 60.301.145 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A., al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A, otrora HORIZONTE, fecha solicitud traslado 95-12-21, fecha proceso 2006-03-08, inicio efectividad 96-01-01, y de HORIZONTE A PORVENIR FECHA EFECTIVIDAD 2014-01-01 FOLIO 59 ARCHIVO 09 EXPEDIENTE DIGITAL CONTESTACION DEMANDA PORVENIR, documento SIAFP, TODO CONFORME A LO CONSIDERADO.

SEGUNDO.- CONDENAR al fondo pensional PORVENIR S.A., (determinante del traslado), a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., entidad que representa hoy el régimen de prima media con prestación definida, y a favor de la actor, todos los valores que hubiere recibido desde el TRASLADO Y HASTA EL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LA SENTENCIA, la entrega de todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales DE HABERSE COBRADO, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, como seguros previsionales señalamos para el efecto (artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993), precisando que son de cargo total en su 100% del fondo pensional PORVENIR S.A, la devolución de todos los recursos que fueron objeto de descuento a la demandante por los conceptos precitados desde el inicio del traslado y hasta que se devuelvan los recursos EN SU TOTALIDAD a COLPENSIONES S.A, por haber sido el determinador del traslado de régimen, todo conforme a lo considerado. Término para el CUMPLIMIENTO 1 mes a la ejecutoria de la sentencia.

TERCERO. - DECLARAR que la demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, (AFILIACIÓN FICTA), administrado en su momento por el extinto I.S.S., hoy COLPENSIONES S.A., o la entidad de seguridad social de la época CAJA SOCIAL DE PREVISION sociales de cualquier orden, u otras cajas, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., a la ejecutoria de esta sentencia, por las razones expuestas.

CUARTO. - Declarar no probada la excepción de prescripción por la pasiva y sobre las demás propuestas hay declaración ínsita conforme a lo considerado.

QUINTO. - Declarar la buena de la pasiva, no obstante no es suficiente por si sola para enervar el derecho de la parte demandante.

SEXTO: - Condenar a COLPENSIONES S.A., a recibir el capital pensional procedente del fondo privado PORVENIR S.A, y a favor de la parte demandante, INCLUYENDO LOS DESCUENTOS HECHOS, DESDE LA GENESIS DEL TRASLADO Y HASTA QUE SE DEVUELVAN, traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado e historia laboral de aportes o cotizaciones, y sobre el cual cotizó, todo conforme a lo considerado.

SEPTIMO. - Condenar a PORVENIR S.A., a que los descuentos hechos siendo el determinante del traslado tienen que devolverlos sin ninguna merma e indexados a la fecha de cumplimiento de la sentencia.

OCTAVO. - CONDENAR en costas a la parte pasiva PORVENIR S.A, y a favor de la demandante, se fijan las agencias en \$ 2 millones de pesos, que son 2 s.m.l.m.v decreto 1724 de 2021, sin agencias frente a COLPENSIONES S.A., y a favor del actor, todo conforme a lo considerado. Fundamento legal artículo 365-1 DEL C.G.P. en concordancia con el ACUERDO del CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA SALA ADMINISTRATIVA PSAA16-10554 ARTICULO 5 NUMERAL 1., PRIMERA INSTANCIA. Las agencias fijadas se tendrán en cuenta en su momento procesal oportuno en la liquidación de costas.

NOVENO. - ORDENAR así fuere apelada esta sentencia en su oportunidad, por parte de COLPENSIONES S.A., se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el

Superior funcional, en razón a que hay condena al imponerse una obligación a COLPENSIONES S.A. En ambos radicados informar por secretaria al Ministerio sobre la consulta.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el litigio se fijó en declarar la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS por la indebida o nula información que suministró el fondo privado que determinó el traslado, y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, si se debe ordenar la devolución de todos los dineros depositados por la actora a COLPENSIONES, y a esta entidad corregir y actualizar la historia de cotizaciones, teniendo como única afiliación válida la del RPMPD, sin ningún descuento y con la respectiva conversión en su historia laboral e IBL.

- Resaltó que son hechos demostrados los aceptados por las demandadas sobre las fechas de afiliaciones y traslado, estableciendo como medios de prueba regulares las documentales aportadas por ambas partes y refiere que en el interrogatorio la demandante no expresó ninguna confesión a tener en cuenta, en la medida que solo afirmó que el asesor les dijo que tendrían más beneficios en el nuevo régimen de lo que deviene es cierta despreocupación e irresponsabilidad para adoptar esa decisión tan importante para garantizar su pensión.

- Que de acuerdo a la Ley 100 en el artículo 13 literal b, los afiliados pueden elegir uno de los dos regímenes pensionales con libertad de traslado hasta que les faltaren 10 años para cumplir la edad de pensión, por lo que en este caso se debate judicialmente si hay lugar a declarar la ineficacia de traslado por falta de información para retornar al régimen de prima media; advierte que la actora no tiene régimen de transición y que la sentencia se enfocará desde el punto de vista de la ineficacia del traslado de régimen pensional como lo ha señalado la jurisprudencia, al encontrar que no hubo información necesaria y transparente para que se lograra legalizar el traslado entre regímenes, pues acorde a los hechos se solicita es la ineficacia cuya carga de la prueba está en cabeza de las demandadas.

- Preciso sobre la calidad de la información que al suscitarse el traslado en la década de 1990, acorde a la providencia SL 1452 DE 2019, este se suscitó en la primera etapa de la seguridad social tras la Ley 100 de 1993, donde se exige a cargo de la AFP suministrar información necesaria, transparente y relevante de los regímenes pensionales, acorde la Ley impone a las entidades del sistema financiero, informando a sus afiliados las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen. Refiriendo que el artículo 1604 del Código Civil impone el deber de cuidado a cargo de las A.F.P., para entregar la información suficiente para materializar un consentimiento informado.

- Expuso que para el año 2.008 se empieza a señalar en la jurisprudencia el tema, como en la sentencia de radicado 31989 de ese año, se habló del deber de proporcionar a los interesados información completa y comprensible a medida de la simetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad, como es el sistema de seguridad social en pensiones. Por ende la regla jurisprudencial reiterada desde entonces es que la administradora de pensiones tiene la carga de la prueba, invertida en favor del afiliado, para que sea el Fondo privado quien debe demostrar cuál fue la información dada en el momento del traslado y esto no se ha evidenciado, pues principalmente se aporta solo un formulario de traslado sin mayor información al afiliado.

- Indicó sobre el hecho de que se tuviera un formulario que aplicaba para la época según la reglamentación, acorde a la jurisprudencia, que el consentimiento vertido en el formulario donde lo único que se puede apreciar es que se firma en forma libre y voluntaria, no prueba otra cosa. Que no era el formulario lo único que tenían que hacer los fondos porque desde la génesis la jurisprudencia señala que según el Decreto 663 del 93 - artículo 97 numeral 1°, tenían la obligación de dar la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizaran de suerte que le permitieran al potencial afiliado a través de elementos de juicio claros y objetivos las mejores opciones del mercado y debían informarles de la opción del retracto acorde al artículo 3 del Decreto 1161 de 1994; que estas normas

del sistema financiero aplica a las AFP en atención a que hacen parte del mismo y ante ello, es necesario garantizar que el sujeto conociera de las posibles desventajas que le generaría el cambio de régimen, sin lo cual no tiene validez la decisión y esta ineficacia no es saneable por el mero paso del tiempo, lo que descarta que la permanencia en el fondo desconozca la invalidez del acto inicial.

- Que al no probarse esa información deviene la ineficacia que está solicitando la parte demandante de acuerdo a los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1.993 y al aplicarse en la génesis del traslado no se subsana por durar tanto tiempo en un régimen o haber hecho traslados interfondos, porque eso no implica el conocimiento o que la persona tenga conformidad en el sistema, según directriz jurisprudencial con tesis mayoritaria en la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Así mismo, tampoco es exigible una expectativa legítima pensional cercana o ser beneficiario del régimen de transición para acceder a las pretensiones.

- Que al generarse la ineficacia quiere decir que los recursos que se han aportado al RAIS tienen que devolverse sin ninguna merma, siendo esta la penalización que tienen hoy en día los fondos privados pues no puede beneficiarse de su indebida actuación, garantizándose de esta forma para COLPENSIONES el equilibrio financiero. Indicó que la buena fe de la pasiva se presume por el artículo 86 superior, pero no alcanza para enervar las pretensiones de la parte demandante.

- Que al predicarse la ineficacia desde la génesis del traslado y no ser subsanable según la jurisprudencia, no importa que se hayan realizado comunicaciones posteriores y el hecho de que la pensión no esté en riesgo no es relevante porque lo que importa es que se garantice el consentimiento informado para la toma de la decisión por parte del afiliado y de esta forma la transparencia en el obrar y la dignidad del trabajador.

- En cuanto a la excepción de prescripción señaló que las pretensiones declarativas no prescriben según lo dicho en la SL1688, radicado 68838 del 08 de mayo de 2.019. Declaró no probadas las demás excepciones y que por la ineficacia no hay lugar a las restituciones mutuas que trata el 1746 del CC, pese a que puedan existir rendimientos, dada la naturaleza de la figura jurídica aplicada.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada PORVENIR:

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

- Que la sentencia se debe revocar porque resulta en contravía del artículo 964 del Código Civil y de la Ley 100 de 1993, pues como fondo, por su actividad generó los rendimientos o frutos que se ordenan restituir y se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones ya que son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos.

- Que para este caso el fondo prestó sus servicios por todo el tiempo que la demandante ha estado afiliada al mismo y se lograron los rendimientos años tras año, por lo que resulta imposible dejar sin efecto los servicios prestados. Que los mismo sucede con el seguro previsional debido a que las aseguradoras ya prestaron sus servicios, lo que no se puede retrotraer, máxime cuando son terceros ajenos al proceso.

- Que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, pues consecuencia de la nulidad declarada se debe presumir que nunca existió afiliación al RAIS y al no existir esta tales rendimientos no se hubieran generado, no obstante, entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta de ahorro individual, pero no se entiende que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión de esa entidad, toda vez que gracias a su buena administración el afiliado a incrementado su capital, por lo que de acuerdo al artículo 1746 del Código Civil se considera que frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, porque de mantenerse la decisión se afectaría de manera

injustificada su patrimonio y se aumentaría de forma injusta el patrimonio de COLPENSIONES.

3.2 De la parte demandada COLPENSIONES:

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

- Que no resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado porque el realizado por la demandante al RAIS goza de plena validez, destacando que ha pasado más de 20 años afiliada al régimen privado sin mostrar interés o preocupación durante ese lapso sobre su pensión y tampoco presentaron solicitudes o gestiones oportunas para retornar al régimen de prima media, basando la decisión en que solo así lograrían una mejor mesada pensional y por ende no está basado realmente en una falta de información.

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, se presentaron los alegatos de conclusión que se resumen de la siguiente manera:

• Demandante:

• Demandado:

La apoderada de COLPENSIONES señaló que la alegada insuficiencia de información al momento de realizar el traslado de régimen es un acto ajeno a dicha entidad, que se realizó acorde a la normativa aplicable para la época y no se logra demostrar que el fondo privado no entregara la información suficiente, por lo que se entiende válido y eficaz el traslado acontecido, pues este se realizó acorde al derecho de los usuarios consagrado en la Ley 100 de 1993 y ratificado en la Ley 1328 de 2009. Advierte que deben valorarse ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional, inclusive encontrándose en el límite legal para realizar un traslado de régimen. Advierte que debe evitarse la descapitalización del fondo común, al recibir afiliados que no han ayudado a contribuir con el ahorro público e incide en que no existen fundamentos de hecho o de derecho suficientes que sustenten la declaratoria de la ineficacia o nulidad de traslado pretendida, dado que el actor debía demostrar el vicio del consentimiento alegado.

El apoderado de la demandada PORVENIR solicita que se mantenga la decisión de absolver a la entidad, señalando que para la fecha del traslado no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría, por lo que no incurrió en omisión alguna y la línea jurisprudencial aplicada surgió años después del acto, por lo que es ilógico exigirle requisitos que no existían. Señala que se deja constancia de la información brindada en el respectivo formulario, sin que el demandante desacreditara la calidad de la afiliación que recibió para firmarlo.

Que en caso de revocatoria, no comparte que se impongan condenas de que se restituyan con cargo al patrimonio propio de esa entidad, los gastos de administración descontados durante el tiempo que la actora permaneció en el fondo, por ser inequitativo, puesto que al declararse la ineficacia del traslado, se ordena como consecuencia de ello, una serie de restituciones, entre ellas los frutos o rentabilidades generadas por el capital pensional. Que los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993,

establece que el 3% de la cotización realizada al Sistema General de Pensiones se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de seguros de Fogafin y las primas de invalidez y sobrevivientes.

Que la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto 2019152169-003-000, resalta que en el evento de declararse la nulidad o ineficacia del traslado debe darse aplicación al artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 y concluye que procede el traslado de los saldos de la cuenta individual que incluye los rendimientos generados por la administración de los recursos por parte de la administradora junto con los porcentajes destinados a garantía de pensión mínima y rendimientos, y no los gastos de administración, primas u otros conceptos.

Indicó que en consecuencia, no se puede ordenar el reintegro de los gastos de administración, por ser estos su remuneración, ya que de admitirse tal posibilidad sin ninguna compensación, se estaría avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor del sistema, quien es el que se ve beneficiado con tal situación.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencias 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 siguientes:

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado por la señora ZORAIDA PARRA GÓMEZ del RPMPD al RAIS por medio de COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A.?, y de ser procedente, ¿si la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado implica que la A.F.P. PORVENIR S.A. deba devolver a su cargo, todos los valores que hubiere recibido por capital de cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales de haberse cobrado, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, como seguros previsionales?

8. CONSIDERACIONES:

Procede esta Sala a determinar en primer lugar si el traslado de la señora ZORAIDA PARRA GÓMEZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., o si en su defecto, procede la declaratoria de ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS y la orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES, pues esto implicaría que la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD.

Al respecto el A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que la jurisprudencia ha identificado claramente que, desde su nacimiento las A.F.P. tenían el deber de suministrar información necesaria y transparente para lograr que con base en esta el potencial afiliado a través de elementos de juicio claros y objetivos tomara la decisión, lo que no se demuestra con la sola suscripción del formulario; que al no haberse probado que se otorgó esa información y no ser subsanable dicha ineficacia porque se predica del momento del traslado, accedió a las pretensiones y ordenó la devolución de los aportes con todos los valores descontados sin ninguna merma.

A esta conclusión se opuso PORVENIR S.A. alegando que se revoque la sentencia pues se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones, y deben operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, pues son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos, y resulta imposible dejar sin efecto estos servicios, como igualmente sucede con el seguro previsional.

Por su parte COLPENSIONES presenta recurso de apelación manifestando que la declaratoria de ineficacia del traslado no es procedente porque este goza de plena validez, así mismo, que la actora ha pasado más de 20 años afiliada al régimen privado sin mostrar interés o preocupación durante ese lapso sobre su pensión y tampoco presentaron solicitudes o gestiones oportunas para retornar al régimen de prima media.

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 COLPATRIA, hoy PPORVENIR

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 lo 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.

Del expediente se puede evidenciar que la actora empezó a cotizar para pensión desde el 11 de agosto de 1981 a través de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL MUNICIPAL DE CÚCUTA, según consta en CETIL N° 1338 del 31 de mayo de 2016 donde obra que prestó servicios para la CONTRALORÍA MUNICIPAL hasta el 18 de enero de 1985 y luego para la ALCALDÍA DE CÚCUTA entre el 1 de febrero de 1985 al 23 de noviembre de 1987; luego se afilió al I.S.S., donde reporta cotizaciones por parte del HOSPITAL ERASMO MEOZ del 12 de febrero de 1988 al 1 de junio de ese año y luego por la GOBERNACIÓN DE NORTE DE SANTANDER desde enero de 1996 al 30 de junio de 1998; se evidencia que el 8 de junio de 1.998 diligenció solicitud de afiliación y traslado 084976 a la Sociedad Administradora de Fondos de Cesantías y Pensiones COLPATRIA, la cual se hizo efectiva el 1 de julio de 1998, así mismo, que existió cesión de dicha vinculación por fusión de esa entidad con HORIZONTE el 29 de septiembre de 2000 y de esta última con PORVENIR el 01 de enero de 2.014, según certificado emitido por ASOFONDOS.

Lo primero a destacar, es que las administradoras de fondos de pensiones COLPATRIA S.A. y HORIZONTE S.A. conforman hoy la A.F.P. PORVENIR S.A.¹; por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva en cuanto a esta entidad.

Se resalta que aparte del formulario de afiliación a COLPATRIA de fecha 8 de junio de 1998, no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento del traslado de régimen pensional, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en la demandante, es decir, la señora ZORAIDA PARRA GÓMEZ 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 el deber 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 una 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 COLPATRIA, hoy PORVENIR 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 8 de junio de 1998 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 referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento COLPATRIA, hoy PORVENIR 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

¹ Ver reportes en prensa:

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1292961>;

<https://www.semana.com/empresas/articulo/fusion-entre-porvenir-horizonte/190254/>

conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a ZORAIDA PARRA GÓMEZ donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Respecto a la suficiencia del formulario de afiliación, 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, a que para la fecha del ultimo traslado al RAIS ya estaba en vigencia la Ley 1328 de 2009, así como el Decreto 2241 de 2010, 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 ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada 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 integro 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 en 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 COLPATRIA, hoy PORVENIR 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...»*, por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PORVENIR S.A., deberá devolver completamente todas las prestaciones que recibieron del afiliado, 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.

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 cubre 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 anterior, los aportes deben ser trasladados a plenitud a COLPENSIONES, 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 1.998 en esa entidad, lo que desestima el argumento de que generaría una descapitalización del sistema.

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.

Respecto de los demás argumentos de los apelantes 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.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 31 de octubre de 2.022; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada.

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 31 de octubre de 2.022 proferida por el Juzgado Cuarto 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 las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'J' and 'S' with a dot at the end.

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'D' and 'C' with a dot at the end.

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 54-001-31-05-004-
2022-00215-01**

PI 20138

ZORAIDA PARRA GÓMEZ 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 'DAVID A. J. CORREA STEER', written over several horizontal lines.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado