

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

E D I C T O

LA SECRETARÍA DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA,

H A C E S A B E R:

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

RADICACIÓN: 54-001-31-05-001-2021-00251-01 P.T. No. 20.166
NATURALEZA: ORDINARIO
DEMANDANTE: ADONAY CASTRO VILLAMIZAR.
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS.
FECHA PROVIDENCIA: TREINTA Y UNO (31) DE MARZO DE 2023.
DECISION: **“PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha 17 de noviembre 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 del 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:	54-001-31-05-001-2021-00251-01
RADICADO INTERNO:	20.166
DEMANDANTE:	ADONAY CASTRO VILLAMIZAR
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

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 17 de noviembre 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

El señor ADONAY CASTRO VILLAMIZAR por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., solicitando que se declare ineficaz el traslado que realizó del ISS a la AFP demandada y que, para todos los efectos legales, en ningún momento se trasladó al RAIS y por tanto siempre permaneció en el RPMPD. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a COLFONDOS devolver a COLPENSIONES de forma indexada y con cargo a sus propias utilidades, la totalidad de sus cotizaciones obligatorias y voluntarias, los bonos pensionales, las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, los rendimientos financieros, las comisiones y lo correspondiente al fondo de garantía a la pensión mínima y al seguro previsional. También solicita que se ordene a COLPENSIONES validar su afiliación, así como recibir e incorporar a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por COLFONDOS para financiar las prestaciones económicas a las que eventualmente tenga derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones principales relata:

- Que empezó a cotizar para el riesgo de vejez en el ISS a partir del mes de junio de 1.989, por los servicios que como trabajador prestó a las empresas TEJAR DE PESCADERO S.A. y RAYOTEX S.A. Que allí cotizó hasta el mes de octubre de 1.999.

- Que, a partir del mes de noviembre de 1.999, empezó a cotizar en la entidad COLFONDOS S.A., a raíz de que, en septiembre de ese mismo año, se le realizó a un grupo de trabajadores en el que se encontraba, una reunión sorpresiva en las instalaciones de la empresa RAYOTEX S.A., en la que se presentaron unos promotores, quienes expusieron en forma dramática el hecho de la desaparición del ISS como entidad de previsión social y que por tanto debían afiliarse a la AFP demandada, en donde los aportes darían mejores rendimientos y podrían pensionarse con menor edad. Que dichos promotores no brindaron asesoría sobre aspectos importantísimos para su futura pensión, como que el régimen de los fondos privados ofrece mejores garantías a los trabajadores de ingresos altos, cual es el tiempo de disfrute, que los aportes se pueden acabar y no se garantiza el pago de la pensión, cual es la cuantía de la misma o el valor de las comisiones que se tienen

que pagar por la administración y tampoco dieron el tiempo para buscar la asesoría de un abogado experto, si no que aprovechándose del desconocimiento del tema, se hizo caer en error a los trabajadores para lograr que firmaran los documentos de traslado.

- Que al cumplir los requisitos de edad y número de semanas cotizadas, acudió a COLFONDOS buscando que le reconocieran la pensión, para lo cual esa entidad le hizo unas exigencias onerosas y desventajosas con relación a las del RPMPD. Por lo anterior, resolvió pedir a COLPENSIONES que aceptara su traslado de régimen antes de adquirir el estatus de pensionado, lo cual fue negado por las demandadas.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos que narran las fechas de afiliación del actor al RPMPD y de su última cotización a este. Respecto a los demás hechos manifestó que no le constan, por lo tanto, se atiene a lo que resulte probado en el transcurso el proceso.

- Solicitó ser absuelta y expresó rechazo a las declaraciones y condenas deprecadas en la demanda, argumentando que al 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 COLFONDOS S.A., en donde se ha mantenido, y 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 periodo 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 el engaño que aduce el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora en el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media y tenía la obligación de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención; por lo que le corresponde a COLFONDOS S.A., probar que la información que brindó a la parte actora al momento de afiliarlo y del cambio de régimen, fue idónea y la suficiente para que la decisión de traslado fuera libre de vicios.

- 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 COLFONDOS al contestar la demanda a través de apoderada judicial manifestó:

- Que se opone a las pretensiones de la demanda y los hechos no son ciertos o no le constan, por lo tanto, deben probarse dentro del trámite del proceso. Indicó que esa AFP siempre ha obrado de buena fe.

- Que la pretensión del actor resulta inviable, pues en uso de sus facultades legales y en ejercicio de la libertad de selección y afiliación contenidas en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993, realizó de manera libre, voluntaria y espontánea, su afiliación a esa AFP y el traslado al RAIS, después de que los asesores comerciales de COLFONDOS le brindaran una asesoría integral respecto a todas las implicaciones de su traslado horizontal y sobre las características, el funcionamiento

y las particularidades de cada régimen, así como sus diferencias, ventajas y desventajas.

- Que el actor resolvió afiliarse al RAIS y someterse a todas sus características y exigencias, sin que mediara coacción, como se establece con el formulario de vinculación que contiene la firma del accionante, por ende, no existen vicios del consentimiento que afecten el acto. Enfatizó que no hay razón para declarar nulo o ineficaz el acto del traslado porque en ningún momento se está vulnerando el derecho pensional del actor. También expresó que la parte demandante no especificó claramente en qué consistió la acción fraudulenta de esa Administradora.

- Que, al estar el actor válidamente afiliado al RAIS, no hay lugar al traslado de los conceptos pretendidos, incluidos los gastos de administración que se han descontado del dinero de su cuenta de ahorro individual como consecuencia de una disposición legal, válida, exequible y vigente; pues se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante el período en que esa AFP ha administrado los recursos, generando rendimientos superiores a los que se hubieran generado en el RPMPD. Que al ser los gastos de administración conceptos de tracto sucesivo que se causan por la periodicidad que impone la ley, al no reclamarse dentro de los 3 años siguientes a su causación, prescriben. Que, por lo anterior, en el evento hipotético que se condene a esa AFP a trasladar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta individual de ahorro pensional del actor, solo será posible trasladar los saldos allí existentes más los rendimientos generados y no habrá lugar a condenar por concepto de indexación.

- Que el demandante suscribió el formulario de afiliación con COLFONDOS, como vinculación inicial al sistema general de pensiones, por lo que conoce claramente cómo opera el RAIS y es una persona mentalmente estructurada que contaba con la capacidad de sopesar los argumentos manifestados por los asesores de los fondos privados, a fin de determinar si realmente le convenía o no tomar dicha decisión, entonces no es válido que después de estar varios años afiliado al RAIS, una vez que evidenció que no logró cumplir con los objetivos de ahorro que se propuso cuando se trasladó de régimen, pretenda obtener la anulación de una afiliación completamente legal.

- Sobre el deber de información que tiene una administradora, advirtió que, de conformidad con el mandato de la Superintendencia Financiera, el deber de asesoría existe a partir de la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, razón por la cual no se puede exigir en los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones, como argumento para responsabilizar a las administradoras sobre circunstancias que son única y exclusivamente responsabilidad del afiliado. Señaló que como principio procesal el demandante debe demostrar el supuesto engaño u omisión de la información, e hizo énfasis en que este no aportó ninguna prueba tendiente a demostrar su afirmación, por lo que no puede certificarse la supuesta omisión.

- Indicó que el formulario de afiliación previsto por esa AFP y suscrito por el demandante al momento de su vinculación, se ajusta a la Ley y contiene la información requerida para el efecto, situación que se corrobora en lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Que la parte demandante no hizo uso del derecho de retractarse de la afiliación al Fondo de Pensiones que administra, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, e incluso no hizo uso de su derecho de trasladarse de régimen pensional, ratificando sus actos propios con la decisión de mantenerse en el RAIS.

- Que el demandante no tiene derecho a pensionarse bajo el régimen de transición porque no cumple las condiciones señaladas en el artículo 3° del Decreto 3800 de 2003 y el artículo 12 del Decreto 3995 de 2008, así como el Acto Legislativo 01 de 2005 y los lineamientos trazados por las sentencias C – 789 de 2002 y C – 1024 de 2004, por lo que no se puede ordenar el traslado automático al RPMPD según el precedente jurisprudencial de la sentencia de unificación SU 062 de 2010, de la H. Corte Constitucional. Que tampoco es posible su regreso al RPM por expresa prohibición del literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, porque el demandante tiene en la actualidad 57 años.

• Propuso las excepciones de mérito de: inexistencia de la obligación, falta de causa y objeto, pago, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de la afiliación, compensación y validez de la vinculación inicial al sistema general de pensiones específicamente al RAIS administrado por COLFONDOS.

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 17 de noviembre de 2.022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“Decretar la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual que el demandante ADONAY CASTRO VILLAMIZAR hizo a la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS SA en septiembre del año 1999.

Se condena a la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS SA a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante ADONAY CASTRO VILLAMIZAR, 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 se 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 del Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS SA de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a aceptar el traslado del demandante ADONAY CASTRO VILLAMIZAR del RAIS al RPMPD, administrado por COLPENSIONES.

Se condena a la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS 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 o los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio, siguiendo las reglas del artículo 963 del Código Civil y la sentencia SL 5686, dineros que deberá devolver debidamente indexados de su propio peculio conforme a lo expuesto en las motivaciones que anteceden.

Se declaran no probadas las excepciones propuestas y serán las costas a cargo de los demandados.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

• Que el actor pretende que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS y como consecuencia, que para todos los efectos legales siempre estuvo afiliado al RPMPD; así mismo, que se condene a la AFP a devolver a COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones, ante lo cual hicieron oposición las demandadas.

• Que el demandante al rendir interrogatorio de parte manifestó, que en septiembre de 1.999 en la empresa donde estaba laborando, el jefe de personal o la secretaria participaron en la organización de una reunión donde les insistieron que el ISS desaparecería y debían afiliarse a COLFONDOS, en donde les darían una mejor rentabilidad, se podían pensionar antes de cumplir los requisitos e iban a recibir una mejor pensión. Que bajo la gravedad de juramento el actor dijo que no le dieron ninguna asesoría ni explicación de los beneficios, ventajas o desventajas que tendría al hacer el cambio de régimen y él firmó la afiliación coaccionado porque el ISS desaparecía.

• Que el dicho del demandante lo ratifica en determinada forma el testimonio de MARÍA STELLA QUINTERO BAENE, quien para la época del traslado era su

compañera en la empresa RAYOTEX, e hizo similar manifestación respecto a la forma en que se organizó esa reunión y lo que allí se dijo.

- Que para resolver el asunto sobre la ineficacia pretendida se debe tener en cuenta que el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993, dispone la libre escogencia de los trabajadores de su fondo pensional y que quien desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1. ° del artículo 271 ibídem, disposición en donde se estipula que la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

- Que, a septiembre de 1999, momento en que se trasladó de régimen el actor, estaba vigente el artículo 987 del decreto 663, que exigía a los fondos dar a sus afiliados una información clara y precisa sobre los regímenes pensionales que existían, sus ventajas y desventajas, los beneficios que iba a adquirir el afiliado al hacer ese cambio de régimen y las pérdidas que iba a tener. Que es abundante y reiterativa la jurisprudencia que existe emanada de la Sala Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia, respecto a los requisitos de los Fondos y la obligatoriedad de estos al recibir el traslado de régimen de un afiliado, de dar una información válida y completa sobre los regímenes pensionales para que efectivamente y a conciencia escoja el que mejor le parezca, radicando la carga de la prueba en los Fondos ante la afirmación negativa de parte de los afiliados de no haber recibido esa debida mínima información.

- Que para el presente caso lo único que existe es la historia laboral que se aportó por parte de COLFONDOS, de donde se puede verificar y extraer que el actor solicitó la afiliación a dicho Fondo el 23 de octubre de 1999 y se hizo efectiva a partir del 1. ° de diciembre de ese año. Así mismo, que tiene cotizadas 1.142,71 semanas en la AFP demandada y 502,71 semanas en otros Fondos, para un total de 1.645,43 semanas cotizadas.

- Que no hay prueba de que efectivamente COLFONDOS al momento de recibir la afiliación del demandante le hubiera dado asesoría integral sobre las implicaciones de su traslado horizontal, por lo que con fundamento en el artículo 271, se declara la ineficacia del traslado de régimen pensional que en el año 1999 realizó el demandante del RPMPD al RAIS.

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 se logró demostrar la debida, comprensible y suficiente información al momento de llevarse a cabo la afiliación inicial al régimen.

- Que se evidencia que no hubo interés por parte del 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 tenía conocimiento de las condiciones en que se encontraba afiliado.

- Que se debe tener en cuenta, que la principal inconformidad radica en que se condene la ineficacia pretendida aun cuando el deseo del traslado del 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, 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:

• COLPENSIONES:

La apoderada judicial de COLPENSIONES solicita que se revoque la decisión proferida en primera instancia y se absuelva a su representada de los cargos formulados en su contra. Manifiesta que esa Administradora no intervino al suministrarse la información para realizar el traslado y simplemente acató la voluntad del demandante de trasladarse de régimen pensional conforme a la normatividad.

Que no es procedente que se declare la nulidad, por cuanto la parte demandante realizó su traslado de régimen de forma libre y voluntaria, cumpliendo con los requisitos legales. Que, de accederse a las pretensiones de la demanda, se estaría actuando en contravía de los preceptos legales establecidos en el artículo 13, literal E de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, lo que atenta contra la estabilidad del sistema pensional colombiano administrado por COLPENSIONES, pues, al permitírsele dicho traslado a la demandante después de vencida la oportunidad legal para ello, transgrede la finalidad constitucional del término establecido.

Que si se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado se considere que hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, en observancia del principio del equilibrio financiero del producto interno bruto y la reserva pensional. Que la base de la ineficacia del traslado es la falta al deber de información por parte de los fondos privados y esta no quedo demostrada, puesto que consta el formulario de afiliación debidamente firmado por la demandante, el cual da cuenta de su deseo de permanencia y pertenencia a ese régimen.

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 el señor ADONAY CASTRO VILLAMIZAR realizó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de COLFONDOS S.A.?, y de ser procedente, ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de todos los valores ordenados por el a quo?

8. CONSIDERACIONES:

Procede esta Sala a determinar en primer lugar, si el traslado del señor ADONAY CASTRO VILLAMIZAR del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó en el año 1.999, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones COLFONDOS 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 el demandante se encuentra actualmente afiliado 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 al demandante se le entregó información clara, precisa y completa sobre los beneficios y desventajas de cada uno de los regímenes, que le facilitara su escogencia, lo que jurisprudencialmente se ha señalado como 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 el accionante no estuvo interesado en indagar la veracidad de lo informado. También expuso que el actor debió hacer su traslado en el término que le otorga la ley, teniendo conocimiento de las condiciones en que se encontraba afiliado y que dicho traslado ya no procede por faltarle menos de 10 años para pensionarse. Que el deseo del traslado del 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 1° 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 COLFONDOS S.A.; pues argumenta el 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.

El demandante manifestó que en el mes de junio de 1.989 comenzó a cotizar para el riesgo de vejez a través del ISS y a partir del mes de noviembre de 1.999 empezó a cotizar en la entidad COLFONDOS S.A., a raíz de que, en septiembre de ese mismo año, en el lugar donde laboraba se realizó una reunión sorpresa en la que unos promotores de esa AFP le dijeron que debía afiliarse a esa entidad, en donde los aportes darían mejores rendimientos y podría pensionarse con menor edad, así como que el ISS desaparecería, lo que lo llevo a caer en el error de firmar los documentos del traslado. También informó que debido a unas exigencias que le realizó la AFP cuando buscó el reconocimiento de la pensión, solicitó a las demandadas que aceptaran su traslado al RPMPD y obtuvo respuesta negativa.

De las historias laborales expedidas por las demandadas y el certificado SIAFP que reposan en el expediente, se puede evidenciar que el actor se encontraba vinculado al sistema pensional a través del RPMPD desde mayo de 1.989; así mismo, que en diciembre de 1.999 cotizó el periodo correspondiente a noviembre de ese año a través de la AFP COLFONDOS S.A., entidad a la que se encuentra vinculado desde esa fecha.

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 del actor 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 el demandante, es decir, el señor ADONAY CASTRO VILLAMIZAR 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 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 COLFONDOS S.A, brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para el año 1.999 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 el referido con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento COLFONDOS 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 del actor 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 al señor ADONAY CASTRO VILLAMIZAR 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 del afiliado, 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 lo 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 del actor, se ha concluido que COLFONDOS 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 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 que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, COLFONDOS 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.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la demandada COLFONDOS 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 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 COLFONDOS 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 1.999 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 COLFONDOS 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 plenamente 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 17 de noviembre 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 del actor, 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 17 de noviembre 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 del 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-
2021-00251-01**

PI 20166

ADONAY CASTRO VILLAMIZAR 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