



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: 54-001-31-05-002-2019-00395-01 P.T. No. 20.167

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE FRANCYA HELENA MEJÍA TORRES.

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS.

FECHA PROVIDENCIA: TREINTA Y UNO (31) DE MARZO DE 2023.

DECISION: “**PRIMERO: Modificar** en el numeral cuarto de la providencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR SA, PROTECCION SA y SKANDIA, a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado en caso que se hubieren causado, esto es las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, y devolver a COLPENSIONES, todos los valores representativos de los descuentos hechos por los gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 20 y 60 de la ley 100 de 1993, efectuados en el Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad a cada cotización aportada a nombre de la demandante, los cuales serán asumidos por el patrimonio de cada entidad respecto del tiempo que estuvo afiliada la actora a cada una de estas, siguiendo las reglas del artículo 963 del código civil inclusive de manera indexada. **SEGUNDO: Modificar** en el numeral quinto de la providencia apelada, en el sentido **ABSOLVER** a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A de las pretensiones incoadas en la demanda y el llamamiento en garantía. **SEGUNDO: Confirmar** en los demás aspectos la sentencia de fecha 09 de agosto de 2.022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia. **TERCERO: 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 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:	54-001-31-05-002-2019-00395-01
RADICADO INTERNO:	20.167
DEMANDANTE:	FRANCYA HELENA MEJIA TORRES
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
LLAMADO GARANTÍA:	EN MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

**MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente 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 09 de agosto de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Segundo 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 FRANCYA HELENA MEJIA TORRES interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, PROTECCION S.A., PORVENIR SA y OLD MUTUAL, solicitando que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó el 13 de julio de 1.994 del RPMPD a la AFP PORVENIR y como consecuencia, la nulidad o ineficacia de los traslados interfondos que realizó en el RAIS. Así mismo, solicita que se ordene a las demandadas, realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular los traslados. También solicita que se ordene a OLD MUTUAL trasladar al RPMPD la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual y a COLPENSIONES que la reciba sin solución de continuidad, y cuando le sean entregados sus aportes, corrija y actualice su historia laboral.

Como pretensiones subsidiarias solicitó que se declare que las AFP demandadas deben reparar los perjuicios ocasionados por la indebida y nula información que suministraron al momento del traslado efectuado y como indemnización por estos, se les condene a reconocerle la pensión de vejez en las mismas condiciones y circunstancias a que tenía derecho si se hubiese pensionado en el RPMPD, o a reconocer la diferencia entre el valor de la pensión por vejez que obtendría en el RAIS y la que le correspondería en el RPMPD.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que nació el 15 de mayo de 1.961, cumpliendo la edad mínima requerida dentro del RPMPD para acceder a la pensión de vejez, en el año 2.018.

- Que se afilió al Sistema General de Pensiones mediante el RPMPD el 01 de octubre de 1.986, donde cotizo un total de 326 semanas.

- Que el 13 de julio de 1.994 se trasladó al RAIS mediante afiliación a PORVENIR, lo que no estuvo precedido de la suficiente ilustración por parte de esa AFP. Que el 08 de julio de 1.996 se trasladó a la AFP PROTECCION, entidad que tampoco la ilustró al respecto. Que el 28 de julio de 2.010 retornó a PORVENIR, sin que esta decisión pueda considerarse libre y voluntaria por falta de información. Que el 30 de septiembre de 2.017 realizó su ultimo traslado dentro del RAIS, a la AFP OLD MUTUAL, en las mismas condiciones que los anteriores traslados. Que en el RAIS ha cotizado un total de 1.230 semanas.

- Que las demandadas PORVENIR y OLD MUTUAL, no le informaron sobre el año de gracia que concedió el artículo 2. ° de la Ley 797 de 2.003, reglamentado por el artículo 1. ° del Decreto 3800 de 2.003, que permitía a los afiliados trasladarse por una única vez antes del 28 de enero de 2.004; ni sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión.

- Que el 13 de junio de 2.019, OLD MUTUAL le entregó la proyección de su pensión de vejez en el RAIS, con un valor de \$830.000 para el año 2.018, cuando tenía 57 años de edad. En la misma fecha, le expidió la simulación de vejez en el RPMPD, teniendo en cuenta que en su historia laboral el IBL promedio de los últimos 10 años cotizados es de \$3.734.913, suma que aplicándole una tasa de reemplazo del 72.34% arroja para esa anualidad una mesada pensional de \$2.702.000.

- Que en el mes de mayo de 2.019 elevó derechos de petición ante las demandadas, solicitando la ineficacia de los traslados y el traslado de régimen.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que admitía las fechas de nacimiento de la demandante, así como, que estuvo afiliada y realizó aportes al ISS, e igualmente, que solicitó ante esa Administradora el traslado de régimen. Respecto a los demás hechos expresó que no le constan o son circunstancias susceptibles de la fijación del litigio que deberán ser probadas.

- Indicó que se atiene a las resultas del proceso porque los hechos son ajenos a esa entidad. Que la demandante efectuó el traslado del RPMPD al RAIS, de forma libre, voluntaria y cumpliendo los requisitos legales, ya que lo realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93. Que la carga de la prueba en cabeza de la actora, quien se encuentra a menos de 10 años para pensionarse.

- Que esa entidad se ciñó de manera rigurosa a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, con lo que demuestra la buena fe de su actuar y por vía de jurisprudencia no puede otorgar prestaciones económicas que no estén expresamente consagradas en la Ley.

- Que el cumplimiento de la Circular 016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, que establece los mecanismos para que a partir del 01/10/2016, las AFP realicen asesoría a las mujeres de 42 años o más y a los hombres de 47 años o más, para que se puedan trasladar de régimen, no es retroactiva.

- Que cuando la AFP no entrega la información pertinente a lo afiliados y ocasiona perjuicios económicos con el traslado del RPMPD al RAIS, debe indemnizarlos. Que, dado que los Fondos Administradores de Pensiones del RAIS no puede reconocer, liquidar y pagar pensiones bajo el sistema del RPMPD, pero son obligados a hacerlo debido a la ineficacia del traslado del afiliado por su falta de información, deben conmutar la respectiva pensión en COLPENSIONES, lo cual está autorizado en el artículo 133 de la Ley 100 de 1.993.

- Propuso las excepciones de mérito de: inexistencia del derecho para reclamar la prestación económica; la innominada; prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; y cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación.

El Procurador 10 Judicial I para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, presento concepto en los siguientes términos:

- Que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha señalado que desde el inicio de sus operaciones a los fondos privados de pensiones les era exigible el cumplimiento de un deber de información para con todos los afiliados y les corresponde a dichas AFP dar cuenta de que los documentaron clara y suficientemente de los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito; no siendo suficiente la simple expresión impresa en el formulario de tratarse de una afiliación “libre”, “voluntaria” y “sin presiones”. Que la información que proporcione el fondo de pensiones al afiliado debe ser oportuna, y ante la manifestación del accionante de no haber recibido la debida información por parte del fondo de pensiones, por tratarse de una negación indefinida, se invierte la carga de la prueba.

- Señaló que existe preocupación por parte de la jurisprudencia de mantener indemne el capital acumulado por concepto de las cotizaciones del afiliado; sin embargo, considera que la orden por parte del juez no debe limitarse a los gastos de administración, como quiera que el ordenamiento jurídico prevé otros descuentos de las cotizaciones que también implican una merma en el capital y estas deben ser asumidas por parte del fondo de pensiones con cargo a su propio patrimonio.

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

- Que no le constan los hechos o no son ciertos y los mismos deben probarse. Que se opone a las pretensiones porque no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y acceder a las suplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial. Que no se acreditó la existencia de un daño por lo que es improcedente cualquier indemnización, así como que una AFP del RAIS reconozca una pensión en las mismas condiciones que en el RPMPD, por ser excluyentes y contar cada uno con legislación propia de orden público, que establece las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez.

- Señaló que con el diligenciamiento y firma del formulario se da fe de que el traslado fue libre y espontaneo, y que la actora recibió la información pertinente. Que esa entidad está en imposibilidad de atender las suplicas de la demanda porque la demandante actualmente se encuentra vinculada a OLD MUTUAL, por lo que se consolida una falta de legitimación por pasiva.

- Que la parte demandante no realizó esfuerzo argumentativo y probatorio alguno para establecer qué clase de error se alega, ni la entidad del mismo, para poder determinar si tiene la virtualidad de anular el consentimiento; se limitó en un relato difuso e impreciso a endilgarle responsabilidad a esa AFP sin sustento probatorio alguno. 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 al momento de realizarse la afiliación o traslado a esa A.F.P., no existía disposición en la ley 100 de 1993 que regulara expresamente la forma en que se debía dar asesoría para el cambio de régimen, asunto que vino a ser regulado con la expedición de la Ley 1328/2009 en su artículo 48.

- Que la 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 improbable evento de acceder a las suplicas de la demanda, se debe considerar que de conformidad con la sentencia SU-62/2010 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: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

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

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la actora y que esta elevó derecho de petición ante ese Fondo solicitando la nulidad del traslado de administradora, a lo cual dio respuesta informando la improcedencia del traslado al RPMPD, por haberse superado desde el año 2.007 la oportunidad legal para hacerlo, época en la cual la demandante se encontraba afiliada a otra AFP. Sobre los demás hechos manifestó que no le constan o no son ciertos.

- Que la demandante se afilió a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., el 30 de agosto de 2017, tras habersele brindado la información clara, suficiente y completa a la sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS, en cumplimiento a los lineamientos legales vigentes, advirtiendo que a los afiliados les asiste un deber de autoinformación, principalmente, tratándose del hecho relevante del aseguramiento de su futuro pensional.

- Que conforme al Historial de Vinculaciones SIAFP de Asofondos, la actora no ha estado vinculado al RAIS únicamente a través de esa entidad, ya que su traslado se efectuó por medio de PORVENIR S.A. hace más de 26 años y ha generado movilidad dentro del mismo régimen a través de otras AFP, lo que da cuenta de su voluntad de permanencia y conformidad con las condiciones y características del RAIS, circunstancias que se constituyen como actos de relacionamiento. Por lo cual, no es válido aducir indebida e insuficiente información, pese a haber recibido varias asesorías y generado aportes durante tantos años dentro de un mismo régimen.

- Que no se opone ni allana a las pretensiones dirigidas a otras entidades. Que se opone a las pretensiones formuladas en su contra, porque la accionante

desconoce que bajo la libre elección de régimen decidió trasladarse al RAIS desde el año 1994 y que para el año 2017 válidamente suscribió formulario de afiliación a OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A, de manera voluntaria, lo cual estuvo exento de cualquier apremio o engaño que pudiera ser inducido por el personal de la administradora y resulta claramente demostrado, toda vez que, al suscribir dicho formulario, dejó constancia de esto. Resaltó que la demandante no hizo uso del derecho de retractarse de la afiliación suscrita al Fondo de Pensiones que administra.

- Que por lo manifestado no es dable imponer condena por la supuesta causación de perjuicios y no es posible por vía judicial imponer a las administradoras del RAIS cambiar sus condiciones particulares y las prerrogativas que las diferencian del RPM, las cuales son reconocidas y determinadas por la legislación.

- Propuso como excepciones de mérito: cumplimiento de las obligaciones propias del objeto y de la naturaleza jurídica de SKANDIA S.A.; validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual; no es viable el traslado de la demandante al Régimen de Prima Media; inexistencia de la obligación reclamada; no se reúnen los presupuestos de ley para a configuración de la nulidad o ineficacia pretendida; falta de título y causa en la demandante; cobro de lo no debido; prescripción sin aceptación de la obligación; buena fe de SKANDIA SA y la innominada.

- Finalmente solicitó citar al proceso mediante llamamiento en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., teniendo en cuenta que suscribió con esa entidad un contrato de seguro previsional con el objeto de cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la demandante en calidad de afiliada a esa AFP, cuya vigencia estuvo comprendida entre 2.007 y 2.018, y respecto del cual cumplió su obligación legal de efectuar todos los pagos correspondientes a las primas de los seguros, por lo que en caso de condena, esa sociedad debería reembolsar los valores pagados. A lo anterior, accedió el a quo.

La llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., a través de apoderada judicial manifestó:

- Que se opone a lo pretendido con el llamamiento en garantía porque las pretensiones de la demanda no están encaminadas a un reconocimiento pensional por invalidez de origen común, o pensional de sobreviviente por muerte del afiliado por enfermedad o accidente de origen común, en el RAIS, que conlleven al pago de la suma adicional por las contingencias de invalidez o sobrevivencias de origen común, únicos eventos donde opera el seguro previsional.

- Propuso como excepciones de mérito ante el llamamiento en garantía: falta de cobertura de la póliza de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes no. 9201411900149 suscrita entre MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, hoy, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.; delimitación contractual mediante exclusiones, garantías y demás condiciones contractuales establecidas en la póliza de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes no. 9201411900149; inexistencia de responsabilidad atribuible al demandado SKANDIA S.A; buena fe de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y la innominada

- Frente a las pretensiones de la demanda indicó que no se opone ni se allana, toda vez que no van dirigidas contra esa entidad, por lo cual no está llamada a responder.

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

- Que no le constan algunos hechos porque no existen en los archivos de la entidad, o que no son ciertos. Que se opone a las pretensiones y esa AFP solo puede reconocer prestaciones respaldadas por los presupuestos legales. Que la afiliación a esa entidad viene precedida de una asesoría profesional y transparente suministrada por agentes con capacitación y exposición a un estudio profundo del sistema general de pensiones.

- Que la decisión de trasladarse al RAIS es imputable al demandante, sin que con ello se derive ningún perjuicio, teniendo en cuenta que no pierde su derecho a obtener una pensión al cumplir con los requisitos establecidos. Que las figuras de las pensiones de invalidez, vejez y muerte, y la de indemnización de perjuicios, son disyuntivas jurídicamente.

- Que el RAIS es un sistema reglado en la ley y no puede alegarse desconocimiento para afirmar que hubo inobservancia y transgresión al deber de información según lo contemplado en el artículo 9. ° del Código Civil. Que el demandante no realiza esfuerzo argumentativo y probatorio para determinar que clase de error alega o la entidad del mismo.

- Que cuando se realizó el traslado del RPM al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige desde el año 2.008, solo el formulario de afiliación como única prueba solemne, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1.994, en concordancia con el artículo 3 de esta norma. Que la afiliación se efectuó libre de presiones, de manera voluntaria y espontánea, de acuerdo con los principios de libertad de la Ley 100 de 1.993.

- Que el término para ejercer la acción de nulidad de la afiliación se encuentra prescrito en los términos del artículo 2536 del Código Civil, modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002, pues desde la fecha de la afiliación a la de presentación de la demanda, han transcurrido más de 20 años y la acción ordinaria de nulidad invocada prescribe en el término de 10 años.

- Propuso como excepciones de mérito: inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de obligación de devolver el descuento de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta a terceros de buena fe, y la innominada.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., contra la Sentencia del 09 de agosto de 2.022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en sentido estricto de la afiliación de la señora FRANCYA HELENA MEJÍA TORRES a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, suscrita el 13 de julio de 1994, por los motivos expuestos; en consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad NO surte efectos.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones SKANDIA S.A a devolver al sistema todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, conforme lo dispone el artículo 1746 del código civil, esto es con los rendimientos que se hubieran causado en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida de COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, que una vez la Administradora de Fondo de Pensiones SKANDIA S.A de cumplimiento a lo ordenado con anterioridad, proceda a aceptar el traslado de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado en caso que se hubieren causado, esto es las mismas sufridas en el capital destinados a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 20 y 60 de la ley 100 de 1993 en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos con su patrimonio siguiendo las reglas del artículo 963 del código civil inclusive de manera indexada.

QUINTO: ABSOLVER a la Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A. y a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A de las pretensiones incoadas en la demanda y el llamamiento en garantía.

SEXTO: CONDENAR en costas a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, fijando como agencias en derecho en favor de la parte demandante la suma de un (1) SMLMV.

SEPTIMO: REMITIR el presente expediente a la Oficina Judicial para que surta el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del código procesal laboral y de la seguridad social.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que no está en discusión que la actora se afilió inicialmente al Instituto de Seguro Sociales, desde el día 1. ° de octubre de 1.986; que el 13 de julio de 1.994 se trasladó del RPMPD al RAIS a través de la AFP PORVENIR y que dentro de este efectuó diferentes traslados entre Fondos de Pensiones (el 08/07/96 a PROTECCIÓN, 28/07/2010 a PORVENIR y el 30/09/2017 a SKANDIA, en el cual se encuentra afiliada).

- Que el litigio se fijó en establecer si a la demandante le asiste el derecho al retorno del RAIS al RPMPD, para lo que se entra a determinar si el traslado que efectuó surtió efecto o por el contrario debe ser declarado inexistente. Así mismo, establecer si MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A como llamado en garantía debe responder por alguna condena en contra de SKANDIA S.A.

- Indicó que ese despacho sostiene una tesis positiva al primer problema jurídico, teniendo en cuenta que la demandada PORVENIR S.A. no acreditó haber suministrado a la actora la información necesaria para lograr la mayor transparencia al momento del traslado entre regímenes, a través de elementos de juicios claros y objetivos para que pudiera escoger la mejor opción del Sistema General de Seguridad Social en pensiones, por tal motivo quedan sin efectos las afiliaciones posteriores al interior del RAIS, lo cual conlleva a que se ordene el traslado de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante al interior de la AFP SKANDIA S.A., habiendo lugar a condenar a la AFP PORVENIR S.A. a asumir de su propio patrimonio las mermas que pudiera haber sufrido el capital tendiente a financiar una posible pensión en favor de la demandante o sus beneficiarios dentro del RPMPD, de acuerdo a lo señalado en sentencia SL 5686 de 2.021 que complementa la línea jurisprudencial establecida a partir de la sentencia hito de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia radicación 3189 del 9 de septiembre de 2.008; razón por la que no hay lugar al llamado en garantía de MAPFRE y se absuelve a PROTECCION SA de las pretensiones de la demanda.

- Estudió la validez de la afiliación a los regímenes del sistema general de pensiones, a partir del análisis de las características del mismo dispuestas en el artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, con especial énfasis en los literales: a) relativo a la obligatoriedad de la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, b) que versa sobre la afiliación a uno u otro régimen pensional de forma libre y voluntaria, c) que consagra el derecho de los afiliados al reconocimiento y pago de las prestaciones y e) en el cual según la modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 797 del año 2.003 se señala que el afiliado se puede pasar de un régimen a otro, siempre que haya permanecido como mínimo cinco años en el régimen del cual quiere trasladarse, y no podrá cambiar de régimen pensional cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le dé derecho a la pensión.

- Recordó los artículos 271 y 272 ibídem, en los que se establecen las consecuencias de atentar contra el derecho de afiliación de forma libre y voluntaria, se advierte que cuando se impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, esta quedara sin efecto y podrá realizarse nuevamente, y que el Sistema Integral de Seguridad Social no tendrá aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores.

- Expresó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto del traslado, por ello, el examen del acto del cambio de régimen pensional por transgresión del deber de información debe abordarse desde esa institución y no desde el régimen de las nulidades o la inexistencia, como se señala en las sentencias SL1688, SL1689 y SL3464 del 2019, proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

- Señaló el deber de información que le asiste a las administradoras de fondos de pensiones como instituciones financieras privadas de carácter previsional, las cuales conforme al artículo 97 de la ley 100 de 1993, deben cumplir con ciertos requisitos para su creación y funcionamiento, y según lo establecido en el Decreto 657 del 94, ello implica su vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera en los términos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 del 93), bajo ese supuesto tienen el deber de dar a conocer a los usuarios del sistema toda la información necesaria para que puedan decidir de manera libre y voluntaria su afiliación a alguno de los regímenes pensionales.

- Concluyó que de las características del sistema general de pensiones y del deber de información de las AFP, surge el principio fundamental del consentimiento libre e informado, sin embargo, si este carece de alguna de sus solemnidades, contiene un vicio en su producción o se realizó sin una debida información o con ausencia de esta, será posible declarar la ineficacia de los efectos de la afiliación o traslado.

- Indicó que era necesario analizar el alcance al deber de información que le asiste a las entidades administradoras de fondos de pensiones, para lo cual recordó que estas tienen la exigencia del cuidado de los intereses de quienes se dirigen a ellas, el cual inicia desde las etapas previas y preparatorias para la formalización de la afiliación, durante la misma y cuando se den los requisitos para el reconocimiento de las prestaciones que surgen, dada la confiabilidad de quienes van entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, invalidez o una eventual pensión de sobrevivientes para sus posibles beneficiarios.

- Resaltó que se entiende que las administradoras de fondos de pensiones, están obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y adecuada la provisión del servicio público de pensiones, con fundamento constitucional en el artículo 48 de la carta política, desarrollado por los artículos 90 y siguientes de la Ley 100 de 1.993 y lo establecido en los artículos 14 y 15 del Decreto 565 del 94. Así mismo, que deben cumplir dichas obligaciones como lo manda el artículo 1603 del Código Civil y que estas entidades tienen la carga probatoria de mostrar que informaron y orientaron adecuadamente a los afiliados sobre las ventajas y desventajas del traslado entre regímenes pensional, de acuerdo a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 18 de octubre del 2017, radicación 46292.

- Que la Corte Suprema de justicia Sala Laboral, en sentencia SL1452 del año 2019, explicó que las administradoras de fondos de pensiones desde su creación tienen el deber de brindar una información al usuario sobre el sistema pensional, cuyo grado de intensidad se ha transformado con el paso del tiempo, de modo que corresponde a los jueces evaluar su cumplimiento en el momento histórico que debía cumplirse, así mismo, que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente, correspondiendo la carga de la prueba al Fondo de Pensiones.

- Expuso que el traslado entre regímenes pensionales de la demandante aconteció en la primera de las etapas que ha definido la jurisprudencia sobre el deber de información que le asiste a las AFP, dentro de la cual se debían cumplir los requisitos de la afiliación conforme al artículo 97 del decreto 663 del 93 y el artículo 11 del Decreto 692 de 1.994, en donde se establece que se debe llenar en debida forma un formulario de afiliación por escrito, no obstante, como se dijo en sentencia de SL1452 del año 2019, el simple consentimiento allí vertido no es suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información y se requiere el consentimiento informado.

- Al descender al caso concreto, sostuvo que se observa que se aportó al plenario el formulario de vinculación de la actora a la AFP PORVENIR SA, de fecha

13 de julio de 1.994, el cual aceptan las partes fue suscrito por la demandante y en el que se dejó plasmado que su traslado se realizó de forma voluntaria; lo que no se encuentra debidamente acreditado con el acervo probatorio allegado, toda vez que la información que debe ser suministrada al posible afiliado no debe ser una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación.

- Resaltó que la viabilidad del retorno al RPMPD no depende de situaciones particulares como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencias C-789 de 2.002 y C-1024 DE 2.004, porque conforme a la jurisprudencia actual la violación al deber de información puede darse si la persona tiene o no un derecho consolidado, es o no beneficiaria del régimen de transición, o está cerca o no de cumplir la edad para pensionarse.

- Indicó que la actuación viciada del traslado del RPMPD al RAIS, no se convalida con los traslados entre administradoras de este último régimen, pues esto no implica la ratificación del cambio entre regímenes que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales, como lo ha advertido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia radicado 31989 del 09 de septiembre de 2.008.

- Que la excepción de prescripción no es aplicable al presente asunto en virtud a la sentencia SL1689 del año 2019 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada COLPENSIONES:

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

- Que no resulta procedente la declaratoria de ineficacia porque el traslado realizado por la demandante al RAIS goza de plena validez, ya que lo hizo ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, establecido en el artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993 y según el artículo 48 de la ley 1328 de 2009 que modificó los literales c y d del artículo 60 de la norma previamente citada.

- Que esa entidad no intervino al momento de dar información a la demandante, quien tuvo la facultad de decidir qué fondo le favorecía para obtener el derecho a la pensión de vejez.

- Que se debe considerar lo establecido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modifica el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues la actora a la fecha de admisión de la demanda ya se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

- Mencionó la sentencia C-1024 de 2004 de la Corte Constitucional e hizo referencia a la descapitalización del fondo común del RPMPD y a la equidad en el reconocimiento de las pensiones del RAIS. Resaltó que la actora ha estado por más de 27 años en el RAIS, ratificando su conformidad de permanencia en dicho régimen y decidió hacer traslados interfondos en el mismo, lo que para el caso de esa entidad configura la inoponibilidad a la ineficacia por ser tercero de buena fe. Así mismo, reiteró la excepción de prescripción.

3.2 De la demandada PORVENIR:

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

- Que solicita que se revoque la condena del numeral cuatro de la sentencia 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 se debe tener en cuenta que desde el 06 de noviembre de 2017 se trasladó todo el valor que presentaba la actora en la cuenta de ahorro individual de ese fondo a la AFP OLD MUTUAL, hoy SKANDIA.

- Que para este caso el fondo prestó sus servicios por todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada al mismo y se lograron los rendimientos años tras año, por lo que resulta imposible dejar sin efecto los servicios prestados. Que lo 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 entiende que los 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 incrementó su capital, y se debe tener en cuenta que la Administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en este mismo periodo y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa, 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.

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 partes presentaron sus alegatos de conclusión que se resumen de la siguiente manera:

• PARTE DEMANDANTE:

La apoderada judicial de la señora FRANCYA HELENA MEJIA TORRES, solicita que se confirme en su totalidad la sentencia de primera instancia, de acuerdo a lo establecido en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 y el artículo 271 ibídem, en atención a que la actora no recibió la información necesaria ni pertinente para efectuar el traslado del régimen, el cual se dio sin un consentimiento informado.

Que, sobre la falta de información, desde el año 2.008 y hasta el 2.020, existe importante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, donde cada vez se ha venido ampliando y reiterando que la suscripción del formulario de afiliación por parte de afiliado por sí sola no es prueba de que se realizó una debida asesoría. Que la línea jurisprudencial mantiene que es posible declarar la ineficacia: estando o no consolidado un derecho y estando o no en transición, así mismo, que se trasladó la carga de la prueba a las AFP teniendo en cuenta su profesionalización para esos temas.

• PARTE DEMANDADA

La apoderada judicial de COLPENSIONES solicita que se absuelva a su representada de todas las pretensiones. Manifestó que los hechos son ajenos a esa administradora, en el entendido que la demandante se trasladó del RPMPD al RAIS, lo cual tiene plena validez, debido a que se realizó en forma libre, voluntaria y cumpliendo con los requisitos legales, además la actora tiene la carga de la prueba.

Que COLPENSIONES por vía de jurisprudencia no puede otorgar prestaciones económicas que no estén expresamente consagradas en la ley, en virtud a que la parte actora se encuentra a menos de 10 años para pensionarse y no le asiste el derecho reclamado.

Que la circular 016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, en la cual se establecen los mecanismos para que a partir del 01/10/2016 las AFP realicen la asesoría a las mujeres de 42 Años o mayores y hombre de 47 años o mayores, sin la cual desde dicha fecha no se podrán trasladar de régimen, no es retroactiva.

La apoderada judicial de la llamada en garantía MAPFRE, solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, especialmente el numeral en el que se absolvió a esa entidad. Que la parte demandante bajo su libre elección de régimen, decidió trasladarse al RAIS desde el año 1994, en donde permaneció durante más de 26 años, afiliándose a diferentes fondos de pensiones y cesantías de manera ininterrumpida, demostrando su aprobación y elección voluntaria por este sector. Que desde octubre de 2016 el Gobierno Nacional dejó en firme la doble asesoría como requisito obligatorio para llevar a cabo los traslados entre regímenes de pensiones, es decir, cuando la parte demandante se trasladó al fondo OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., debió acudir por asesoría en ambos sectores, para decidir y tomar la decisión, por lo cual, no puede atribuírsele a los demandados un mal asesoramiento, mala fe o engaños.

Que su representada no está obligada a pagar o reconocer un evento por fuera de la cobertura de la póliza de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes No. 9201411900149, pues como se puede corroborar en las condiciones particulares técnicas y las condiciones generales previsionales que fueron anexadas al proceso, no existe cobertura para la devolución de aportes por cambios y traslados de régimen. Que esa póliza solo cubre eventualidades en pensión de sobrevivientes, pensión de invalidez y auxilio funerario en contingencias de origen común. Que las consecuencias de la nulidad o ineficacia de la afiliación solicitada por la parte demandante, son frente al traslado de régimen y no frente al seguro previsional.

El apoderado de PORVENIR solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada, teniendo en cuenta que para la fecha en que fue realizado el 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; La cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal, dejando constancia, de que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin precisiones, pues la demandante suscribió el formulario exigido, luego la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley.

Indicó que, revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época de suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, que, 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.

Señaló que no está de acuerdo en devolver los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, porque se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital. Igualmente, que la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena administración efectuada por la entidad administradora, por lo 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, no obstante, lo anterior, la sociedad administradora de pensiones entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta individual, lo que no se entiende es que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión del Fondo de Pensiones. Que, además, debe tenerse en cuenta que la administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en ese mismo período y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa. Que teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el artículo 1746 del Código Civil, considera que frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas, y/o en su defecto, abstenerse de ordenar su devolución. También señaló, que las obligaciones que se generan como consecuencia del acuerdo de voluntades plasmado en el acto de afiliación al régimen de ahorro individual, se pueden asemejar con los efectos que produce un contrato de mandato, el cual no tiene el carácter de gratuidad.

El apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A. solicita que se absuelva a su representada, manifestando que el funcionamiento del RAIS esta reglado en la Ley y de acuerdo a lo consagrado en el artículo 9. ° del Código Civil, no puede alegarse su desconocimiento para afirmar que hubo inobservancia y transgresión al deber de información.

Que cuando se realizó el traslado del RPM al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige desde el año 2.008, solo el formulario de afiliación como única prueba solemne, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1.994, en concordancia con el artículo 3 de esta norma. Que la afiliación se efectuó libre de presiones, de manera voluntaria y espontánea, de acuerdo con los principios de libertad de la Ley 100 de 1.993.

El apoderado judicial de SKANDIA manifestó que teniendo en cuenta que esa entidad no presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, solicita que no se efectúen condenas adicionales en su contra y se confirme íntegramente la decisión. Resaltó el actuar de buena fe de su representada y el cumplimiento de sus obligaciones.

Que al momento de la afiliación del demandante esa AFP cumplió con los requisitos exigidos por la normatividad, brindando información completa, correcta y veraz sobre los beneficios y desventajas de pertenecer al RAIS. Que no se probó cual fue la indebida asesoría a la que se alude respecto a su representada. Que es importante analizar la conveniencia o no de la afiliación al momento de la realización del traslado, ahondándose en: si para la fecha del traslado no se tenía la posibilidad de establecer cuál sería el monto de la pensión que devengaría la accionante y que la conveniencia de un régimen pensional está sujeta a las condiciones objetivas y subjetivas del posible afiliado (edad, grupo familiar que lo conforma, ingreso base de cotización, semanas registradas en el sistema y régimen pensional al que pertenece o pertenecía).

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

El problema jurídico propuesto a consideración de esta Sala es el siguiente:

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de la señora FRANCYA HELENA MEJIA TORRES del RPMPD al RAIS, realizado a través de la A.F.P. PORVENIR S.A., de ser procedente, ¿si esto a su vez deja sin efecto las subsiguientes afiliaciones que la actora hizo dentro del RAIS a administradoras de fondos de pensiones? y ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?

8. CONSIDERACIONES

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora FRANCYA HELENA MEJIA TORRES 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 PORVENIR S.A., o si por ende procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia, dado que desde la creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones, estas tenían el deber de suministrar información suficiente a los usuarios para que al momento de solicitar la afiliación a dichas entidades, existiera un consentimiento informado que fuera realmente libre y voluntario, lo que no se indica con la sola suscripción del formulario, por lo que en ausencia de prueba que demostrara que efectivamente se brindó la debida información a la demandante, consideró que el traslado entre regímenes no surtió efecto, por lo que ordenó a la AFP SKANDIA devolver los aportes que la actora hizo al RAIS, con sus frutos e intereses, y a PORVENIR, asumir las mermas que haya sufrido dicho capital.

A esta conclusión se opuso COLPENSIONES por estimar que goza de plena validez el traslado realizado al RAIS por la demandante, quien se encuentra a menos de 10

años para cumplir la edad para pensionarse y ha estado por más de 27 años en ese régimen, haciendo traslados interfondos en el mismo. Por otra parte, PORVENIR S.A. advierte que se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones ya que son la retribución por los servicios prestados, los cuales resulta imposible dejar sin efecto, lo que igualmente sucede con el seguro previsional, y que desde el 2.017 traslado a SKANDIA las sumas que se encontraban en la cuenta de ahorro que la actora tenía en esa entidad.

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 PORVENIR S.A.; pues argumenta la demandante que al suscribir el formulario con el cual se dio el traslado de régimen pensional, no recibió asesoría suficiente sobre los pormenores, beneficios, desventajas y proyecciones de pensiones en ambos regímenes, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

La demandante manifestó que se afilió al Sistema General de Pensiones mediante el RPMPD el 01 de octubre de 1.986 y el 13 de julio de 1.994 se trasladó al RAIS mediante afiliación a PORVENIR, lo que no estuvo precedido de la suficiente ilustración por parte de esa AFP. Que posteriormente realizó varios traslados interfondos, sin que estas decisiones puedan considerarse libres y voluntarias por falta de información. Que el 13 de junio de 2.019, OLD MUTUAL, AFP donde se encuentra afiliada, le entregó la proyección de su pensión de vejez en el RAIS, la cual tendría un valor menor a la que obtendría en el RPMPD, por lo que elevó derechos de petición ante las demandadas, solicitando la ineficacia de los traslados y el traslado de régimen.

De las pruebas documentales allegadas al proceso, entre las que se encuentran historias laborales, certificado SIAFP y formularios de vinculación a Administradoras de Fondos de Pensiones, se puede evidenciar que la actora estuvo inicialmente afiliada al RPMPD y con formulario de fecha 13 de julio de 1.994, solicitó cambio de régimen con afiliación a la AFP PORVENIR, lo cual se hizo efectivo el 1.º de agosto de 1.994. Así mismo, que posteriormente dentro del RAIS realizó varios traslados interfondos (PROTECCION, HORIZONTE y SKANDIA), encontrándose con afiliación activa en la A.F.P. SKANDIA al momento de presentar la demanda.

Lo primero a destacar, es que la administradora de fondos de pensiones HORIZONTE S.A. conforma 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 el traslado de régimen pensional se dio con el diligenciamiento del formulario de solicitud de vinculación a PORVENIR S.A. de fecha 13 de julio de 1.994, que fue suscrito por la demandante y no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento en que la actora se trasladó de régimen pensional, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, la señora FRANCYA HELENA MEJIA TORRES, 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 por medio del cual se trasladó de régimen pensional, 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 un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

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

De acuerdo con lo anterior, en su momento PORVENIR S.A, no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, pero sobre el momento del traslado solo reposa en el plenario el

¹ Ver reportes en prensa:

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

formato de vinculación suscrito, que se corresponde con un modelo pre-impreso, del que no se infiere con certeza que fuera estudiada la situación pensional particular del actor y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a FRANCYA HELENA MEJIA TORRES, 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 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 de los recursos de apelación de las demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debían enfocarse en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que para este caso le correspondía a PORVENIR S.A., respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

Por otra parte, sobre la prescripción alegada por la parte demandada, 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 del actor, se ha concluido que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el año 1.994, 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 los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN 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 cobija 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 PORVENIR S.A. y PORVENIR 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, se deben devolver completamente todas las prestaciones recibidas 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 las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes 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 PORVENIR S.A., incumplió su deber de información, hecho que genera consecuencias y efectos jurídicos, que han sido objeto de pronunciamiento por la Sala de Casación Laboral en su Sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, que señaló:

“Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

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

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones **la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).***

Con todo, se concluye sin mayor elucubración que, existe la obligatoriedad de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que, desde su creación fue ineficaz, por lo cual, 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 cada afiliación.

Ahora bien, 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 por los efectos ex tunc de la declaratoria de ineficacia, las AFP están llamadas a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Lo anterior, además, permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar al actor 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 1.995 en esa entidad.

Teniendo en cuenta lo estipulado en la jurisprudencia previamente expuesta, se debe modificar los numerales cuarto y quinto de la sentencia de primera instancia, pues todas las Administradoras de Fondos de Pensiones a las que estuvo afiliada la actora, deben asumir con su patrimonio los deterioros sufridos por el bien que administraron, durante el tiempo que duró cada afiliación, en caso que se hubieren causado; por lo que no se puede absolver a la AFP PROTECCION SA.

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 el actor pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Respecto a los actos de relacionamiento, teniendo en cuenta que en el presente caso el actor dentro del RAIS realizó varios traslados a diferentes fondos de pensiones, es importante traer a colación lo indicado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 2877 de 2.020 a través de la cual cita el pronunciamiento realizado por esa misma corporación en el rad. 31989 del 09 sep. 2.008, en el que precisó: *“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”*.

En el mismo sentido se pronunció la Sala de Descongestión Laboral, en sentencia SL4131 del 14 de septiembre de 2.021, MP. Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero, en donde se precisó lo siguiente:

“Ahora, cabe puntualizar, que en este juicio la voluntad del demandante de cambiarse de régimen, no se ratifica con los cambios que el actor posteriormente hubiese efectuado en el RAIS con diferentes Fondos, ni siquiera si la última AFP Porvenir S.A. le brindó alguna información, dado que lo que produce la ineficacia del traslado es la actuación de la primera AFP Colfondos, que implica que deben «retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido», incluyendo lo referente a cualquier traslado entre Fondos, tal como se expuso en las decisiones CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ineficacia que, conforme a la aludida decisión CSJ SL1689-2019, implica que «desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis».

Es decir, que la ineficacia envuelve o consiste en estimar que el acto no se celebró y, por consiguiente, no puede producir efectos, en la medida que fue realizado en contravención a los mandatos legales y obviando los requisitos y presupuestos establecidos.

En ese orden de ideas, la falta de información no se subsana por los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en el régimen de ahorro individual con solidaridad.”

Al declararse para el presente caso la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, esta Sala acoge la postura adoptada en las sentencias SL 2877 de 2.020 y SL4131 del 14 de septiembre de 2.021, por lo tanto, las cosas deben volver a su estado anterior y no se reconocen los distintos traslados entre fondos de pensiones que el actor realizó al interior del RAIS como actos de relacionamiento.

Conforme a lo anterior, la Sala modificará los numerales cuarto y quinto de la decisión recurrida y deberá confirmar en los demás aspectos la decisión adoptada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 09 de agosto de 2.022. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor de la actora por la segunda instancia la suma de \$500.000 a cargo de cada una de entidades previamente mencionadas.

9. 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: Modificar en el numeral cuarto de la providencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías

PORVENIR SA, PROTECCION SA y SKANDIA, a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado en caso que se hubieren causado, esto es las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, y devolver a COLPENSIONES, todos los valores representativos de los descuentos hechos por los gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 20 y 60 de la ley 100 de 1993, efectuados en el Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad a cada cotización aportada a nombre de la demandante, los cuales serán asumidos por el patrimonio de cada entidad respecto del tiempo que estuvo afiliada la actora a cada una de estas, siguiendo las reglas del artículo 963 del código civil inclusive de manera indexada.

SEGUNDO: Modificar en el numeral quinto de la providencia apelada, en el sentido **ABSOLVER** a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A de las pretensiones incoadas en la demanda y el llamamiento en garantía.

SEGUNDO: Confirmar en los demás aspectos la sentencia de fecha 09 de agosto de 2.022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: 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 BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA**



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



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**



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-
2019-00395-01**

PI 20167

FRACYA HELENA VILLAMIZAR TORRES 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, consisting of several loops and strokes, positioned above the printed name.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado