



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: 54-001-31-05-002-2021-00278-01 P.T. No. 20.188
NATURALEZA: ORDINARIO
DEMANDANTE: SUSANA ELISA RAMÍREZ ALVAREZ.
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRA.
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 Segundo 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 PROTECCION S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor de la 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:	54-001-31-05-002-2021-00278-01
RADICADO INTERNO:	20.188
DEMANDANTE:	SUSANA ELISA RAMIREZ ALVAREZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION 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 PROTECCION S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 17 de noviembre 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 SUSANA ELISA RAMIREZ ALVAREZ interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PROTECCION S.A., solicitando que se declare ineficaz el traslado que realizó en noviembre de 1.995 a esa AFP y en consecuencia se ordene a la misma, devolver al RPMPD todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. También solicita que se condene a PROTECCION a asumir el deterioro sufrido por los dineros administrados y a COLPENSIONES a adelantar los trámites a que haya lugar con la AFP demandada, para dar continuidad a su afiliación en el RPMPD.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que el 06 de mayo de 1.988 se afilió a la Caja de Previsión Social del Departamento Norte de Santander.

- Que en noviembre de 1.995 fue visitada por un vendedor de seguros de la AFP PROTECCION, quien le propuso trasladarse al RAIS, sin suministrarle la ilustración suficiente para la toma de esa importante decisión, pues no se le informaron los beneficios ni se le hizo una proyección de su eventual pensión en cada régimen pensional. Que dicho asesor simplemente le explicó que en el RAIS el valor de la pensión de vejez sería más alto que en el ISS para las personas más jóvenes que realizaran aportes sobre una base de cotización alta y que se tenían en cuenta los aportes después de las 1.400 semanas.

- Que al ser inexperta en los aspectos técnico financieros y actuariales que tienen que ver con el manejo de las pensiones, de buena fe aceptó suscribir los documentos para realizar el traslado a la AFP PROTECCION S.A. a partir del mes de noviembre de 1.995.

- Que al momento de presentar la demanda contaba con 55 años de edad, razón por la que no puede trasladarse voluntariamente a COLPENSIONES. Que el 03 de septiembre de 2.019 adelantó reclamación administrativa ante las demandadas para afiliarse al RPMPD, frente a lo cual recibió respuesta negativa

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha en que la actora se afilió a la Caja de Previsión Social del Departamento de Norte de Santander, que por su edad ya no puede trasladarse a esa Administradora y que solicitó a esa entidad que se declarara la nulidad del traslado de régimen pensional, frente a lo cual se emitió respuesta negativa. 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 a la demandante no le asiste el derecho reclamado ya que no puede desconocer su traslado de forma voluntaria y sin presión al RAIS, administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION 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 la demandante fuese engañado y conducido a un error en su convencimiento. Que se evidencia es la manifestación libre y voluntaria de la actora 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 a la hoy demandante, simplemente acató su voluntad de trasladarse de régimen pensional conforme a la normatividad.

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

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

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

- Que la Corte Suprema dentro de los aludidos fallos ordena trasladar a la administradora del régimen de prima media, los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, en muchos casos debidamente indexados. Así mismo señala que la positivización de la prescripción no significa que su aplicación opere

de manera automática, en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos laborales o pensionales que gozan del carácter de imprescriptibles.

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

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

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

- Que si la calidad del afiliado a la AFP PROTECCIÓN S.A. se encuentra en validez y ya posee la condición de pensionado no puede prosperar la ineficacia de la afiliación, toda vez que, no se puede retrotraer el estado mismo de las cosas por haber un hecho consumado.

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

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

- Que es cierto el hecho relativo a la fecha en que la actora se afilió a la Caja de Previsión Social del Departamento de Norte de Santander, así como que adelantó reclamación administrativa ante esa entidad y obtuvo la respuesta narrada en la demanda. Respecto a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan.

- Que se opone a las pretensiones porque esa AFP para proceder al reconocimiento del traslado está sometida al imperio de la ley y 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 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 cuando se realizó el traslado del RPM no existían los requisitos que la jurisprudencia exige desde el año 2.008, para esa época se encontraban vigentes el artículo 97 del Decreto 663 de 1.993 literal b y el artículo 13 de la Ley 100 de 1.993 en su versión original, así como el artículo 1 del Decreto 1161 de 1.994; disposiciones que establecían obligaciones de dar información acerca de los

traslados pero eran de carácter genéricas, no establecían unos mínimos o máximos que debían cumplir los fondos de pensiones para entenderse que se habría producido el traslado en debida forma. Que el artículo 11 del Decreto 692 del 94 estableció como única prueba la suscripción de un formulario de afiliación y el contenido de este, el cual era aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

- 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 la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada.

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 PROTECCION S.A., contra la Sentencia del 17 de noviembre 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 SUSANA ELISA RAMIREZ ALVAREZ a la Administradora de Fondo de pensiones PROTECCION S.A., suscrita el día 01 de noviembre del año 1995, por los motivos expuestos, en consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad no surtió efectos.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones PROTECCION S.A. a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como 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 a que proceda aceptar el traslado de la demandante del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubieren causado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado 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 de su propio patrimonio siguiendo las reglas del artículo 963 del Código Civil, inclusive de manera indexada.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada PROTECCION SA y COLPENSIONES SA, fijando como agencias en derecho en favor de la parte demandante, un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de las entidades demandadas.

QUINTO: REMITIR el presente expediente a la Oficina Judicial para que se surta la consulta.”

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 inicialmente se afilió a la Caja de Previsión Social del Departamento de Norte de Santander en el mes de mayo de 1.985, en la cual estuvo hasta diciembre de 1.995 y que a partir de enero de 1.996 se trasladó del RPMPD al RAIS a través de la AFP PROTECCION, en donde se encuentra afiliada, según lo corroborado en la prueba documental.

- 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.

- Indicó que ese despacho sostiene una tesis positiva al problema jurídico, teniendo en cuenta que la demandada PROTECCION 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.

- 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, d) que estipula que la afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en la ley 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.

- 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 y que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente.

- 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 al Fondo de Pensiones PROTECCION SA., de fecha 01 de noviembre de 1.995, el cual aceptan las partes fue diligenciado por la demandante y en el que se dejó plasmado que su traslado se realizó de forma libre y 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 al no surtir efecto el traslado, esto conlleva al retorno al RPMPD a través de COLPENSIONES, entidad que lo administra en la actualidad, por lo que se emiten las órdenes correspondientes para la devolución de todos los valores que hubiese recibido la AFP demandada y por el incumplimiento al deber de información que le asistía, se le condena a asumir de su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, de conformidad con lo establecido en el artículo 96 del Código Civil y la sentencia SL 5686 del año 2021 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 31.989 del 9 de septiembre del año 2008, según la cual, el traslado al RPMPD al RAIS es uno solo y si este resulta sin efecto, las cosas deberán volver a su estado original, sin que se pueda afectar el derecho pensional a que hubiere lugar ni a la entidad que administra el mismo. Por lo anterior, no proceden las excepciones de mérito planteadas por las demandadas, entre las que se encuentra la prescripción, que 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 modifico 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 y en ningún periodo estuvo afiliada al ISS.

- 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 tener derecho a la pensión de vejez, por lo que no es procedente su retorno del RAIS al RPM.

- 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 25 años en el RAIS, ratificando su conformidad de permanencia en dicho régimen. Así mismo, reiteró la excepción de prescripción.

- Señaló no estar de acuerdo con las costas porque la entidad que representa a actuado siempre con la creencia de haber cumplido realmente con su deber, con la conciencia plena de no engañar ni perjudicar y con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones sin incurrir en abusos o maniobras engañosas.

3.2 De la demandada PROTECCION:

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

- Que no es procedente devolver conjuntamente los rendimientos y la comisión de administración por tratarse de prestaciones ya acaecidas; que no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual produjo unos rendimientos gracias a la gestión de la AFP, por lo tanto son conceptos excluyentes y no hay causa fáctica ni jurídica para devolverlos, toda vez que se estaría desconociendo el trabajo de su representada, vulnerándose el derecho a las restituciones mutuas con sus frutos, intereses y mejoras, e igualmente se violaría la igualdad de trato en el marco de una relación contractual precedida siempre por la buena fe.

- Solicita que se tengan en cuenta las excepciones formuladas y que el traslado se efectuó dentro de la normatividad vigente para la época, cuyo único requisito era el formulario de afiliación firmado por la demandante.

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 DEMANDADA

La apoderada judicial de COLPENSIONES solicita que se absuelva a su representada de todas las pretensiones. Manifestó que se opone a los resultados, toda vez que, la parte accionante no puede desconocer su traslado de forma voluntaria y sin presión al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., en el mes de noviembre de 1995.

Que no se logra colegir la ausencia de alguno de los elementos de existencia y validez de la afiliación, ni tampoco que fuese engañada y conducida a un error en su convencimiento, pues una vez 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 de la afiliada en procura de reivindicar su derecho o el acceso al mismo. Por el contrario, se evidencia la manifestación libre y voluntaria de la demandante de permanecer al RAIS y a su vez, la validez del formulario de afiliación que perfeccionó tal voluntad.

Resaltó que COLPENSIONES no intervino al momento de brindarse la información a la demandante, quien de manera libre y voluntaria tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión. Destacó que, reconocer la nulidad o ineficacia del traslado solicitada y trasladar la totalidad de los aportes a esa entidad, atenta contra la estabilidad del sistema pensional colombiano que administra, pues al permitirse dicho traslado a la demandante después de vencida la oportunidad legal para ello, transgrede la finalidad constitucional del término establecido en la norma y pone en grave peligro el patrimonio económico de todos los cotizantes al RPMPD. Que se opone a que se condene en costas procesales a su representada porque ha obrado de buena fe y con apego al derecho.

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, dado que se hace constar como lo afirma el texto del formulario de Afiliación.

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 SUSANA ELISA RAMIREZ ALVAREZ del RPMPD al RAIS realizado a través de la A.F.P. PROTECCION S.A.?, de ser procedente, ¿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 SUSANA ELISA RAMIREZ ALVAREZ 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 PROTECCION S.A., o si 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 al demandante, consideró que el traslado entre regímenes no surtió efecto, por lo que ordenó la devolución de los aportes que la actora hizo al RAIS, con sus frutos e intereses, debiendo asumir PROTECCION S.A. las mermas que haya sufrido dicho capital.

A esta conclusión se opuso COLPENSIONES manifestando que es válido el traslado que la actora realizó al RAIS, en donde ha estado por más de 25 años y que esa entidad no intervino en el momento en que se le brindó información; así mismo, que la demandante en ningún periodo estuvo afiliada al ISS y por su edad ya no es procedente su retorno al RPM. Por su parte PROTECCIÓN S.A. argumentó que el traslado se efectuó dentro de la normatividad vigente para la época, cuyo único requisito era el formulario de afiliación firmado por la demandante; igualmente, que no es procedente devolver conjuntamente los rendimientos y la comisión de administración, por tratarse de prestaciones ya acaecidas y excluyentes, y porque se estaría desconociendo el trabajo realizado por esa entidad, vulnerándose el derecho a las restituciones mutuas con sus frutos, intereses y mejoras, así como la igualdad de trato en el marco de una relación contractual precedida siempre por la buena fe.

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

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

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados; providencia que ha sido reiterada en SL2611 del 1 de julio de 2020.

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

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

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

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

(i) La constatación del deber de información es ineludible, pues si desde el principio las AFP tenían el deber de brindar información con el paso del tiempo este grado de exigencia se ha intensificado y los jueces tienen el deber *“de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información**”* dado que *“el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

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

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

en el RPM, y (iii) las implicaciones y la conveniencia de optar por uno u otro régimen pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PROTECCION S.A.; pues argumenta la demandante que al suscribir el formulario con el cual se dio el traslado de régimen pensional, no recibió asesoría suficiente sobre los pormenores, beneficios, desventajas y consecuencias, 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 el 06 de mayo de 1.988 se afilió a la Caja de Previsión Social del Departamento Norte de Santander y en noviembre de 1.995 aceptó suscribir los documentos para realizar el traslado a PROTECCION S.A., después de que un asesor de esa AFP le explicara algunos beneficios que obtendría allí, sin suministrarle la ilustración suficiente al respecto. También informó que por contar con 55 años de edad no podía trasladarse voluntariamente a COLPENSIONES y que el 03 de septiembre de 2.019 adelantó reclamación administrativa ante las demandadas para afiliarse al RPMPD, frente a lo cual recibió respuesta negativa

Del expediente se puede evidenciar que la actora estuvo inicialmente afiliada a la Caja de Previsión Social del Departamento Norte de Santander desde el 06 de mayo de 1.988 (CETIL, página 78 archivo 03DemanyAnexos.pdf del expediente electrónico) y que desde el 1.º de noviembre de 1.995 se trasladó de régimen pensional a través de su afiliación a la A.F.P. PROTECCION S.A. (Constancia, página 19 archivo 03DemanyAnexos.pdf del expediente electrónico), con la suscripción del formulario de solicitud de vinculación N° 0430470 de la misma fecha (página 20 archivo 03DemanyAnexos.pdf del expediente electrónico), encontrándose con afiliación activa en la citada A.F.P. al momento de presentar la demanda.

Se resalta que en el expediente reposa el formulario de solicitud de vinculación N° 0430470, del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN, de fecha 01 de noviembre de 1.995, 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 SUSANA ELISA RAMIREZ ALVAREZ, 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 PROTECCION S.A, brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para noviembre de 1.995 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 PROTECCION 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 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 de la actora 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 SUSANA ELISA RAMIREZ ALVAREZ, 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 de la afiliada, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que la indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales 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 PROTECCION 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 a prosperar.

Así mismo, conviene también precisar que, si bien es cierto, en su momento, la actora se encontraba en el RPM afiliada a la Caja de Previsión Social del Departamento Norte de Santander, no resulta viable determinar que con la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, sea nuevamente afiliada en dicha entidad; dado que jurídicamente la única administradora del régimen de prima media que puede recibir su afiliación es COLPENSIONES y la UGPP, como entidad encargada de asumir los pasivos de entidades liquidadas, no tiene dicha función.

Lo anterior, dado que según el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”* el Congreso de Colombia creó la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, como una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente; vinculada al Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto consiste en la administración estatal del RPM y a su vez, estableció que dicha entidad, asumiría los servicios de aseguramiento de pensiones de los afiliados al RPM, para lo cual determinó que el Gobierno en ejercicio de sus facultades constitucionales debería proceder a la liquidación de CAJANAL, CAPRECOM y el ISS en lo que a pensiones se refiere.

En esa línea, CAJANAL fue liquidada por parte del Gobierno Nacional, en virtud del Decreto 2196 de 2009 *“por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, se ordena su liquidación, se designa un liquidador y se dictan otras disposiciones”* el cual además, ordenó en el artículo 4, que el traslado de afiliados de la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, debería adelantarse a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS.

Más adelante, mediante a través del Decreto 169 de 2008 *“Por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones”* se determinó la supresión del ISS, hecho que llevó a COLPENSIONES a fungir como administrador del RPM, entre tanto, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, que fue creada por el artículo 156 de la misma Ley 1151 de 2007, le fue delegado el reconocimiento de derechos pensionales, a cargo de administradoras del RPM respecto de las cuales se hubiese decretado o se decreta su liquidación, que ya se hubiesen causados hasta la cesación de actividades como administradores, según lo detalla el Decreto 169 de 2008 *“Por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, y se armoniza el procedimiento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social.”*

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta de la actora, se ha concluido que PROTECCION 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 1.995, 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 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 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, PROTECCION S.A deberá devolver completamente todas las prestaciones que la afiliada hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado 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 PROTECCION 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 PROTECCION S.A., 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.

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 adocinado 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, la AFP está llamada 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.

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 PROTECCION 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 Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 17 de noviembre de 2.022; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada.

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: CONFIRMAR la sentencia de fecha 17 de noviembre 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.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada PROTECCION S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor de la 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 54-001-31-05-002-
2021-00278-01**

PI 20188

SUSANA ELISA RAMIREZ ALVAREZ contra
COLPENSIONES Y OTRO.

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

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro

de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'DAVID A. J. CORREA STEER', written over several horizontal lines.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado