

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

E D I C T O

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

H A C E S A B E R:

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

RADICACIÓN: 54-001-31-05-002-2021-00231-01 P.T. No. 20.189
NATURALEZA: ORDINARIO
DEMANDANTE: DANIEL VILLAMIZAR JAIMES.
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS.
FECHA PROVIDENCIA: TREINTA Y UNO (31) DE MARZO DE 2023.

DECISION: **“PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 17 de noviembre de 2022. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR, S.A., y en favor del demandante.”

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

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Segundo Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado:54-001-31-05-002-2021-00231-00

Partida Tribunal: 20189

Demandante: DANIEL VILLAMIZAR JAIMES

Demandada(o): COLPENSIONES, PORVENIR Y

PROTECCIÓN

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver los recursos de alzada presentados por los apoderados judiciales de las entidades demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 17 de noviembre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N° 54-001-31-05-002-2021-00231-00 y partida de este Tribunal Superior No. 20189 promovido por el señor DANIEL VILLAMIZAR JAIMES contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes

I. ANTECEDENTES

El demandante DANIEL VILLAMIZAR JAIMES demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada a las ADMINISTRADORAS DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A., por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para que se trasladara de régimen, y en consecuencia, se ordene el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, a las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales, subsidiariamente solicitó que se reconozcan a su favor los perjuicios causados así como la pensión de vejez en las mismas condiciones y circunstancias a que tendría derecho si se hubiese pensionado en el Régimen de Prima media con prestación definida; subsidiaria a la pretensión N° 2

solicitó que se proceda a reconocer la diferencia entre el valor de la pensión por vejez que deba ser reconocida por el Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, y la mesada pensional que le correspondería en el Régimen de Prima media con prestación definida, dineros que deben ser recibidos y calculados mediante un cálculo actuarial o de manera mensual con la mesada pensional de forma vitalicia.

II. HECHOS

El demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que nació el 11 de julio del año 1961.
2. Que se afilió al Régimen de Prima media con Prestación definida el día 01 de abril de 1985.
3. Que se trasladó el día 01 de enero de 1996, del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante afiliación a PROTECCIÓN.
4. Que posteriormente el día 01 de abril de 2001 se trasladó de la AFP PROTECCIÓN a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, y finalmente regresa a PROTECCIÓN el día 01 de enero de 2002, fondo en el que se encuentra afiliado actualmente.
5. Que el señor DANIEL VILLAMIZAR JAIMES a la fecha, ha cotizado al Sistema General de Pensiones más de 1461 semanas.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo de la demandada a las demandadas, **COLPENSIONES S.A.**, ésta dio formal contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda, argumentando que la parte accionante no puede desconocer su traslado de forma voluntaria y sin presión al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS) Administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., el día 01 de enero de 1996.

Esto es, teniendo en cuenta que, en principio, la escogencia y afiliación a un determinado régimen de pensiones, debe ser un acto libre, consciente y voluntario del trabajador. Por lo tanto, en lo referente a la nulidad se tiene que, para que pueda predicarse existencia y validez de la afiliación, ésta debe reunir los requisitos dispuestos en el artículo 1502 del Código Civil, esto es, que la declaración de voluntad debe provenir de una persona legalmente capaz, que preste su consentimiento sin error, fuerza o dolo que lo vicie, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga además una causa lícita.

Que al respecto a la ineficacia de la afiliación, no se encuentra elemento alguno 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 régimen de ahorro individual con solidaridad 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.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó 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, INNOMINADA O GENÉRICA.

Así mismo, **PORVENIR S.A.** en la contestación de la demanda indicó que se opone a las pretensiones incoadas por el demandante, por cuanto el traslado de régimen RPM al RAIS, se realizó conforme a derecho y no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y de acceder a las súplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial.

Resaltó que el traslado lo realizó PROTECCIÓN S.A. por lo tanto debe esa AFP asumir todos los efectos de una hipotética condena, porque en el improbable evento de incurrir en omisión, la misma es atribuible única y exclusivamente a esa AFP.

Que se debe tener en cuenta que al momento de realizarse la afiliación o traslado a PORVENIR 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.

Que el Despacho debe considerar que el demandante después de muchos años demanda la nulidad de su traslado, cuando durante ese lapso, ya existía información decantada y accesible al público en general acerca de las diferencias e implicaciones de los regímenes pensionales de la Ley 100 de 1993, y dejó pasar todas las oportunidades que las disposiciones legales le ofrecían para hacer válidamente un nuevo traslado de régimen pensional.

Como mérito propuso las excepciones que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PAGO, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O LA GENÉRICA.

Por último, **PROTECCIÓN S.A.**, indicó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, ya que el demandante solicitó de manera libre y voluntaria el traslado de régimen con la AFP PROTECCIÓN S.A.

Así mismo, indicó que no se evidencia que exista ningún tipo de vicio de consentimiento, como error, dolo o fuerza que invalide la afiliación del actor y por ende devenga la nulidad de la vinculación.

Que, es claro que el demandante recibió información detallada, clara, precisa y concisa sobre las ventajas y desventajas de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Presentó excepciones denominadas INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA 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, INNOMINADA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 17 de noviembre del 2022, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR la inexistencia de la afiliación del señor DANIEL VILLAMIZAR JAIMES, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A., por los motivos expuestos, en consecuencia, DECLARAR a todos los efectos legales que el traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad no surtió efectos.

SEGUNDO: ORDENAR a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. a devolver al sistemas, es decir, al régimen de prima media con prestación definida todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el Art. 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. Asimismo, a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubieran causado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de los Administración y demás conceptos establecidos en el Art. 20 y 60 de la Ley 100 de 1993 en que hubiere incurrido.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a que proceda aceptar el traslado del señor DANIEL VILLAMIZAR JAIMES del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a cada una a las demandadas, fijando como agencias en derecho en favor de la parte demandante, la suma de UN SALARIO MINIMO 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 el grado jurisdiccional de CONSULTA, ante la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información al afiliado al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado.

En relación a lo anterior, para el despacho la entidad demandada Protección S.A. como Administradora de Fondo de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tenía la obligación de demostrar que en la fecha en que el actor solicitó su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, le suministró información clara, suficiente y precisa sobre las consecuencias positivas y negativas de su decisión, que comprendiera no únicamente los beneficios sino los riesgos que este implicaba.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES S.A.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que la ineficacia del traslado no es procedente por estar fundamentada en la falta de información al afiliado, siendo que el demandante estaba capacitado para entender la obligación que adquirió cuando registró su traslado de régimen.

Así mismo, reitero que por parte del ISS hoy Colpensiones, no se tuvo ninguna intervención al momento de brindar la información al señor DANIEL VILLAMIZAR, ya que este tuvo la facultad de decidir a qué fondo, administradora o caja le favorecía para obtener su derecho a la pensión de vejez.

Igualmente, se manifestó sobre la obligatoriedad que surge de recibir el demandante dentro del régimen de prima media, por cuanto esa situación genera una inestabilidad financiera para el régimen de pensiones, teniendo en cuenta que el demandante siempre ha cotizado dentro del régimen de ahorro individual, y que el traslado de los fondos pensionales nunca son suficientes para el otorgamiento de las pensiones, por lo que se genera un desbalance dentro de Colpensiones, situación que se debe cuenta al momento de generar los traslados de régimen pensional, transgrediendo la normatividad vigente desde la Ley 100.

Por último, se reiteró la excepción de prescripción formulada en la contestación de la demanda y se opone a la condena en costas a cargo de esta.

PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.

Indicó la parte en su recurso que se encuentra inconforme con la decisión y solicita que sea revocada en su integridad.

Frente a la ineficacia, reitera totalmente lo expresado en los alegatos. Frente a las condenas del numeral 2, solicitó que sea revocada conforme al artículo 964 del Código Civil inciso final que dice: “En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”.

Recalcó que estos frutos, conforme a la Ley 100 del 93, son la retribución por los servicios prestados por la entidad, y se utiliza para cubrir los costos y gastos de la actividad de la AFP y aquellos son situaciones jurídicas consolidadas y hechos consumados, por lo que son excepciones al retrotraer los efectos del traslado.

En relación con las primas pagadas por los seguros, informó que estas fueron sumas pagadas a favor de terceros como son las compañías de seguros, quienes prestaron sus servicios, es decir, quienes dieron cobertura durante todo el tiempo que estuvo vigente la filiación del señor demandante con el fondo; que al ya haber sido pagados, son dineros que son difíciles de restituir por cuanto son unos pagos que se hacen a unos terceros ajenos los fondos, y hay que tener en cuenta que la fuente de esas obligaciones es de carácter legal.

Consideró que este reconocimiento hace que se incurra en un enriquecimiento sin causa y a favor de Colpensiones, entidad que además de recibir los rendimientos va a recibir estas sumas adicionales.

PARTE DEMANDADA – PROTECCIÓN S.A.

La parte sustentó su recurso indicando que la entidad cumplió con la normatividad vigente a la fecha del traslado, lo cual correspondía al formulario de afiliación en los términos del artículo 11 del decreto 1106 de 1992.

Sobre la condena en torno a los rendimientos y la comisión de administración, señaló que no es procedente, toda vez que se trata de prestaciones ya acaecidas y ocurridas por la buena administración de la AFP.

En relación con las cuotas a las primas pagadas por los seguros, comentó que dicho porcentaje fue descontado de acuerdo a la ley, y que fue enviado directamente a un tercero de buena fe, tercero, que nada tuvo que ver con la afiliación del demandante para con la AFP.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, los cuales se encuentran debidamente consignados en el expediente digital y, una vez cumplido el

término para el efecto, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA. La Sala asume la competencia para decidir los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001; igualmente, por haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, una carga presupuestaria a COLPENSIONES se surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Con fundamento en el caudal probatorio aportado, establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por el demandante DANIEL VILLAMIZAR JAIMES el 01 de enero del año 1996 al régimen de ahorro individual con solidaridad PROTECCIÓN S.A.
2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para las AFP PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES entidad a la que se encontraba afiliado con anterioridad.
3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.
4. Por último, se revisará la inconformidad para con las costas procesales y agencias en derecho.

ANÁLISIS PROBATORIO

A fin de resolver lo anterior, la Sala acatando lo normado en los artículos 60 y 61 del C.P. del T. y de la S.S., tendrá como pruebas los documentos debidamente allegados al plenario tanto por el demandante como por las entidades demandadas, advirtiéndole que no se propuso tacha alguna por falsedad respecto de los documentos allegados al plenario. También se tomará en cuenta el interrogatorio efectuado al demandante en lo concerniente.

SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Dado que lo pretendido por el demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez

que su transferencia del COLPENSIONES a PROTECCIÓN S.A. se dio por engaños, arguyendo que los asesores de dicha AFP no le informaron adecuadamente las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento del señor DANIEL VILLAMIZAR JAIMES para realizar el cambio advertido.

Aclarado lo anterior, esta colegiatura precisa que los afiliados al sistema de seguridad social están facultados para escoger libremente a qué régimen se afilian, tal como lo preceptúa el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, en el que va inmerso como principio fundamental el consentimiento libre e informado y, en el evento de que se vislumbre un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, será posible declarar la nulidad de tal escogencia.

El artículo 97 de la ley 100 de 1.993, enmarcó a los fondos de pensiones como constitutivos de un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, lo que conlleva a la exigencia del cuidado de los intereses de quienes se ligan a ellas, el que inicia desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, dada la confiabilidad de quienes van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o una eventual pensión de sobreviviente para sus beneficiarios.

Por tanto 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 s.s. de la Ley 100 de 1.993; así mismo, se advierte, que el deber de información que le impone la ley a las administradoras de pensiones, se entiende como **obligación de carácter profesional** que se materializa a través de expertos en la materia a quienes le corresponde suministrar toda la información necesaria y relevante según sea el escenario en que se encuentra el afiliado o potencial vinculado, lo que implica un asesoramiento desde la antesala de la afiliación y que se extiende a todas las etapas de este proceso hasta que se garantice el disfrute de la pensión.

Por otra parte, el Decreto 656 de 1.994 “*por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones*” impuso en sus artículos 14 y 15 las obligaciones que debe cumplir con decoro y apego a las responsabilidades propias, esto es con diligencia, prudencia y pericia, como también toda que se le integre por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del Código Civil, regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual en ejecución de la buena fe; por lo que es claro 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.

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 2.015 y la circular Externa 016 de 2.016 de la Superintendencia Financiera, persiguen superar las inconsistencias que ha generado el traslado masivo entre regímenes sin

ningún tipo de información haciendo obligatorio que el afiliado reciba información veraz de manera simultánea por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad y al régimen de prima media, garantizando así que en efecto el afiliado conforme a su situación particular tenga una libertad contractual transparente, y pueda adoptar la decisión que mejor le convenga, a tiempo y con la mayor garantía de beneficios con base en la densidad de cotizaciones o capital por él acumulado.

Por lo antes mencionado, los fondos de pensiones son entidades con responsabilidades profesionales, aspecto plenamente respaldado en los artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994 y 1603 de C.C., por su responsabilidad en un tema tan técnico y profesional tienen el deber y la obligación de entregar una información clara y comprensible a las personas interesadas en adquirir sus servicios y afiliarse a las mismas.

Aunado a lo anterior, en reiterados pronunciamientos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso que si al momento de realizarse el acto de afiliación o cambio de régimen pensional, no hay una información clara, completa y comprensible por parte del Fondo de Pensiones hacia el usuario de dichos servicios, tal acto no tendrá la efectividad suficiente y dará lugar a la declaratoria de la ineficacia o nulidad del traslado, no siendo suficiente el simple consentimiento informado expresado en el formulario de afiliación, ya que esto no demuestra que en efecto se cumplió con el deber de suministrar dicha información, demostración esta que por demás se encuentra, dentro de un proceso judicial, en cabeza del Fondo de Pensiones, invirtiéndose la carga de la prueba. (Ver sentencias de radicados N° 31989 de 2008 M.P. Eduardo López Villegas, N° 31314 de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; N° 33083 del 22 de noviembre de 2011, la SL 9519 radicado n° 55050 del 22 de julio de 2015, la SL 19447 radicado n° 47125 de 27 de septiembre de 2017, SL 17595 con radicado n° 46292 de 18 de octubre de 2017, la sentencia SL 2372 con radicado n° 45041 de 23 de mayo de 2018, sentencia SL 47990 del 28 de febrero de 2018 y SL1452 de 2019).

En conclusión, para que el operador judicial declare la nulidad de traslado de régimen pensional, deberá realizar un análisis minucioso sobre la actuación administrativa desarrollada por la administradora de pensiones, con el fin de verificar y constatar que el afiliado recibió la información adecuada, suficiente y cierta sobre su traslado, bajo el entendido de que las mencionadas entidades fueron creadas para cumplir un servicio público como lo es la seguridad social, con conocimientos y experiencia que resultan confiables a los ciudadanos quienes les entregan sus ahorros para la previsión a su vejez, invalidez o muerte.

Es de suma importancia resaltar que, este deber conlleva, a que el afiliado goce de un completo y certero conocimiento sobre la posibilidad de elegir voluntariamente, en permanecer en el régimen público o privado de seguridad social en pensión y le permite entender sobre los beneficios y desventajas de cada uno, ya que a pesar de cubrir los mismos riesgos, cada administradora ofrece diferentes alternativas que dependiendo del aporte, de la edad, de la

fecha inicial de afiliación y de otras características procesales y sustanciales, los resultados son disímiles respecto al capital ahorrado, la liquidación de las pensiones, requisitos y exigencias para ser beneficiario de las prestaciones.

Y entonces, según lo expuesto, se encuentra en cabeza del fondo de pensiones la obligación de controvertir la declaración de ineficacia del acto de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, dado que, en su libelo introductorio, el señor DANIEL VILLAMIZAR JAIMES afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PROTECCIÓN S.A., lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertado y voluntariedad.

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que el demandante DANIEL VILLAMIZAR JAIMES estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida desde el 01 de abril de 1985, hasta que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante afiliación al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A., el 01 de enero de 1996, y posteriormente se traslada en fecha 01 de abril del 2001 a la AFP PORVENIR S.A., retornando a PROTECCIÓN S.A., en fecha 01 de enero de 2002.

Luego entonces, se observa de las pruebas aportadas en la demanda como en las contestaciones de la misma, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS en el cual se evidencia que el traslado de régimen que hiciera el demandante de COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN S.A., se efectuó en fecha 01 de enero de 1996; igualmente se evidencia formato de solicitud de vinculación a la AFP PROTECCIÓN con No 5868913 de fecha 01 de enero del año 2002, el cual fue suscrito por el demandante, indicando que el traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que “*se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones*”, considera la Sala que estas cualidades de la decisión no se encuentran demostradas, toda vez que la información que debe ser suministrada al posible afiliado, como se dijo en líneas anteriores, no debe ser una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación, y en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PROTECCIÓN, S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que en este caso en particular, suministró al demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

Así las cosas, en efecto, PROTECCIÓN S.A., no demostró que por su parte, se hubiera realizado una oferta respecto de proyecciones sobre el posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, que desde luego su resultado final, dependería del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, como tampoco se demostró que se proporcionara una comparación con el monto pensional que recibiría en el régimen de prima media, es decir, no se evidencia el estudio holístico

entre las ventajas y desventajas que representara cada régimen para el caso particular del demandante.

Reiterándose que, le correspondía al dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, al demandante DANIEL VILLAMIZAR JAIMES en todo lo concerniente a las implicaciones del cambio de régimen pensional; no obstante, como ya se advirtió, en el expediente no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se cumplió con tal presupuesto legal, por lo que la simple manifestación genérica como la contenida en la solicitud de vinculación o la inferida en un historial de vinculaciones, no es suficiente para concluir que existió una decisión documentada por parte del actor, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales por cuenta de la pasiva PROTECCIÓN S.A.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se indujo al demandante en el momento de su traslado, debido a la ausencia de una construcción comunicativa del estudio del impacto en el derecho pensional del afiliado, por lo que, se configura una falta al deber de información y buen consejo, de la administradora demandada PROTECCIÓN S.A., y por consiguiente, encuentra esta Sala que es totalmente nulo e ineficaz el traslado y afiliación efectuada al régimen de ahorro individual del demandante ante el fondo privado por vicio del consentimiento (error) por falta de asentimiento informado, no asistiéndole la razón a los recurrentes y quedando de esta manera resuelto el primer problema jurídico planteado en forma favorable del demandante DANIEL VILLAMIZAR JAIMES lo que, en esta instancia se CONFIRMARÁ lo resuelto por el juez A quo.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO- MONTOS A RESTITUIR

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PROTECCIÓN S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se efectuó con el inicio de cotizaciones el 01 de enero de 1996, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación del demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue señalado por 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 que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

Además, la mencionada Corporación se pronunció en su sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, de la siguiente manera al analizar los efectos de la declaratoria de ineficacia de un traslado:

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).

En este mismo sentido, la mencionada Corporación en su sentencia Rad. 31989 del 8 de septiembre, señaló:

Como la nulidad fue una conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de la mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiera incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C...”

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia el fondo privado PROTECCIÓN S.A., de este a AFP PORVENIR S.A., y el retorno a AFP PROTECCIÓN, las cosas deben retrotraerse como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución por parte de dichos fondos privados a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, de manera completa, de todas las prestaciones que el afiliado 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, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización, debiéndose entonces CONFIRMAR en este sentido la sentencia apelada y consultada.

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-PRESCRIPCIÓN

Dicho lo anterior es necesario para esta Sala, pronunciarse respecto de la excepción de prescripción formulada por las demandadas, la cual se procede a denegar su prosperidad bajo los siguientes razonamientos.

La selección de régimen pensional es un acto derivado de la relación de afiliación (artículo 13 de la Ley 100 de 1993, hoy modificado por el artículo 2° de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994), de tal suerte que la circunstancias en que se dio el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad de la demandante, precedido del deber del buen consejo por parte de la administradora de pensiones en la oferta precontractual de servicios que en el presente caso no se avizora, fue, en esencia, la forma en que nació a la vida jurídica el HECHO DE LA AFILIACIÓN al régimen de ahorro individual, por lo tanto, esa concreta situación fáctica que resulta inherente a la consolidación del ESTATUS PENSIONAL del demandante no está sujeta al fenómeno de la prescripción, lo que igualmente se predica de la condición de afiliado y los actos que emanen de tal condición, pues de allí surge el derecho a percibir y disfrutar vitaliciamente de la respectiva pensión.

En ese sentido, podemos concluir que la condición de afiliado y, por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional.

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, ha señalado que los elementos consustanciales de la pensión no prescriben, como es el caso, del factor porcentual de la mesada, el salario, los límites temporales del IBL y la indexación, por lo que, la afiliación y cualquier acto derivado de la misma en el sistema pensional, a pesar que no sea un factor cuantitativo del derecho, necesariamente deben calificarse como elementos esenciales de status pensional, porque recuérdese que de la validez jurídica de esos actos deriva no solo el régimen a aplicar al pensionado, sino también a cual la entidad administradora de fondos de pensiones le compete el reconocimiento y pago de una prestación económica.

En suma, al tener la afiliación y sus actos subsiguientes, una estrecha relación con el derecho pensional, valga decir, por ser inherentes al mismo, resulta viable formular los reparos correspondientes en cualquier tiempo, al punto que, si se pensara de forma contraria, ni si quiera sería viable el retorno al régimen de prima media, en el evento en que se cumpla el requisito de permanencia mínima, ni los traslados entre administradoras pensionales.

Es entonces el fenómeno de la prescripción inaplicable, tratándose de la petición de nulidad de traslado de régimen pensional, y ello obedece a la génesis de la ineficacia del traslado, que tiene como objetivo último la viabilidad de alcanzar la pensión de vejez, derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, por manera que si se genera una irregularidad en el procedimiento de traslado de un afiliado, no guarda fundamento constitucional el hecho de que se restrinja tal declaratoria a un término específico, pues aducir tal argumento, implicaría en la mayoría de los casos truncar el derecho del afiliado a adquirir una pensión de vejez en las condiciones más beneficiosas.

Igualmente, este criterio de imprescriptibilidad tiene sustento en argumentos expuestos en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, en providencia STL4593 de 2015, Radicación 39718 siendo magistrado ponente Jorge Mauricio Burgos Ruiz, donde se señaló que la nulidad de traslado sería imprescriptible si estuviera estrechamente ligado con la adquisición del derecho pensional, como derecho fundamental y como prestación económica ligada al mínimo vital y al derecho al trabajo del demandante, y el mismo estuviere amenazado con la proposición del medio defensivo de la prescripción.

En virtud a lo anterior, esta Sala arriba a la conclusión sobre la imprescriptibilidad del derecho a solicitar la nulidad de la afiliación, si se tiene en cuenta que precisamente la afiliación es la que genera para el afiliado la posibilidad de obtener el derecho pensional, por supuesto, en las condiciones más beneficiosas, por lo que al estar íntimamente ligados, afiliación y status de pensionado, de ambos se debe predicar la imprescriptibilidad para hacer valer tales derechos de forma que se acompasen a la legalidad.

COSTAS PROCESALES

Por último, se rememora que las costas judiciales son aquellas erogaciones económicas que comporta la atención de un proceso judicial, en las que se incluyen: (i) **las expensas**, que son los gastos realizados y necesarios para adelantar el proceso y los causados en el desarrollo de la actuación, pero siempre distintos de los honorarios que se pagan a los abogados, como por ejemplo, la producción de determinadas pruebas, el valor del desplazamiento y el tiempo ocupado por los testigos en su declaración, las copias necesarias para surtir determinados recursos etc., y (ii) **las agencias en derecho**, que consisten en el valor que el juzgador le da al trabajo del profesional del derecho que ha salido avante en el proceso, las que le corresponde pagar a la parte que resulte derrotada judicialmente; entonces, éste último rubro sumado con las expensas integran el concepto de costas.

En ese orden de ideas, tal y como se ha señalado en múltiples pronunciamientos de esta Sala, en lo que respecta a las costas procesales, materia de inconformidad por las entidades demandadas debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cual es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio,

por lo que al resultar esta entidad vencida en juicio, es procedente la condena impuesta por el A quo, debiéndose CONFIRMAR la misma.

En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A., PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR, S.A en favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

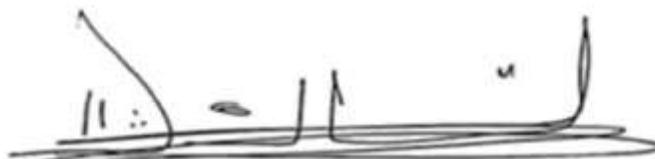
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día 17 de noviembre de 2022.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR, S.A., y en favor del demandante.

NOTIFÍQUESE



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE**



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



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**



República de Colombia

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

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 540013105002-
2021-00231-01**

PI 20189

DANIEL VILLAMIZAR JAIMES 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 a long horizontal stroke at the bottom.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado