



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

E D I C T O

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

H A C E S A B E R:

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

RADICACIÓN: 54-001-31-05-001-2022-00035-01 P.T. No. 20.218

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE CAROLINA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ.

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

DECISION: “**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia de fecha del 24 de junio de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, y en su lugar **DECLARAR** que la **INEFICACIA** del traslado de régimen materializado el 1 de mayo de 1994 por la suscripción del formulario de afiliación No. 002067 del 4 de abril de 1994 por el cual la actora solicitó su primer traslado del I.S.S. a **PORVENIR S.A.** de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia. **SEGUNDO: CONFIRMAR** los demás numerales de la providencia apelada y en consulta, acorde a lo expuesto en la parte motiva. **TERCERO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la parte demandada **PORVENIR S.A** y **COLPENSIONES**. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada. Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.”

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy diecisiete (17) de abril de 2023, a las 6:00 p.m.

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DE DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA**

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2.023)

| | |
|--------------------------|--|
| PROCESO: | ORDINARIO LABORAL |
| RADICADO ÚNICO: | 54-001-3105-001-2022-00035-01 |
| RADICADO INTERNO: | 20.218 |
| DEMANDANTE: | CAROLINA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ |
| DEMANDADO: | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. |

**MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., así como del grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 24 de junio de 2022 que fue proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

La señora CAROLINA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PORVENIR S.A, solicitando que declare la ineficacia del traslado y afiliación del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, disponiendo su retorno a COLPENSIONES con el traslado de todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses así como descuentos de gastos operacionales que reposen en su cuenta de ahorro individual.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones principales relata:

- Que la señora CAROLINA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ nació el 14 de diciembre de 1965, y durante el período del 27 de marzo de 1986 al 30 de mayo de 1997 estuvo afiliada al régimen de prima media administrado por el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL.

- Que el 1 de junio de 1997 se trasladó del régimen de prima media con prestación definida administrada por el Instituto de Seguros Sociales al régimen de ahorro individual con solidaridad, según formulario de afiliación emitido por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., donde cotizó hasta el 30 de noviembre de 2007.

- Que del 1 de diciembre de 2007 al 28 de febrero de 2008 efectuó cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y nuevamente el 1 de marzo de 2008, se

trasladó a PORVENIR S.A., ante la oferta que le efectuaron los asesores de dicho fondo, quienes le aseguraron que su monto pensional sería mucho más elevado.

- Que para el momento en que la accionante suscribió el formulario de vinculación al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A., nunca se le advirtió por parte de los asesores, que el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, generaría la pérdida de los beneficios establecidos en el régimen de prima media de prestación definida, en cuanto a los requisitos de la pensión de vejez y su monto, ni conoció los riesgos que implicaba su cambio por lo que su decisión no fue una manifestación libre y voluntaria.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que acepta los hechos de la edad, afiliación al I.S.S., la afiliación por períodos al RPMPD aunque alega que en su historial solo registra 28.57 semanas por ello y no le constan los demás por cuanto deben ser demostrados por el interesado, siendo ajenos los hechos alegados; se opone a las pretensiones pues el demandante no puede desconocer su traslado de manera voluntaria, libre y espontánea del RPM al RAIS, pues para que pueda cuestionarse la existencia y validez de la afiliación, ésta debe demostrar que no cumplió 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 en el asunto examinado, no se logra colegir la ausencia de alguno de los elementos anteriormente mencionados, ni tampoco que fuese engañado y conducido a un error en su convencimiento. Por el contrario, se evidencia la manifestación libre y voluntaria del demandante de permanecer al régimen de ahorro individual con solidaridad y a su vez, la validez del formulario de afiliación que perfeccionó tal voluntad; señalando que en todo caso la actora se mantuvo en el RAIS hasta ahora, por lo cual, incurra en lo establecido por el literal B) del art. 13 de la ley 100 de 1993; y, el literal ME) Modificado por la Ley 797 de 2003, por estar a menos de diez (10) años para pensionarse.

- Expresó que la Corte Suprema de Justicia en providencias relacionadas con traslado de régimen ha invertido de manera irracional y no ponderada la carga de la prueba, suscitando que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, así mismo, ha desconocido 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, postura que sin embargo, no es de recibo de la totalidad de los Magistrados. También señaló que la Corte Suprema de Justicia llegó a una errada conclusión respecto a la imprescriptibilidad de la exigibilidad judicial del derecho a la pensión o a obtener su valor real.

- Que la Corte 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 al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las AFP y con todo esto, decide permanecer 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 demandada no vulnera el derecho a la igualdad y el derecho a trasladarse no es absoluto, debiendo atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales. Destacó que el 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 encontrarse vencida la

oportunidad legal para que el actor se traslade, se transgrede la finalidad constitucional del término establecido en la norma.

• 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 PORVENIR al contestar la demanda a través de apoderado judicial manifestó:

• Que no le constan los hechos y deben probarse, así mismo, indicó que se opone a las pretensiones. Alegó que esa Administradora realiza exhaustivos procesos de capacitación a sus funcionarios sobre el funcionamiento del Sistema General de Pensiones y las prestaciones que otorga, con el fin de atender de manera eficiente y oportuna todas las inquietudes que sus afiliados puedan llegar a tener en relación con su futuro pensional, aclarando que esto sucedió tanto con el Formulario No. 02067 de fecha 04/04/1994 como con el Formulario No. 12645633 de fecha 20/02/2008 que se hizo efectivo a partir del 01/04/2008

• Que el traslado de régimen se realizó conforme a derecho y no existe vicio alguno que genere la nulidad o ineficacia del traslado y acceder a las suplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial. Advierte que existen múltiples traslados entre regímenes y retornos al RAIS, por lo que existen actos de relacionamiento que pueden interpretarse como acciones concretas de los afiliados para conocer su estatus pensional, presuponiendo un conocimiento del modo de operar de las entidades.

• Que las pruebas documentales aportadas, en particular el formulario de vinculación o traslado suscrito por la actora bajo la gravedad del juramento, dan constancia de que tomó su decisión de manera libre, espontánea, sin presiones y con la suficiente información. Que el art. 3 del Decreto 1161 de 1994, le ofrecía la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a su elección y no lo hizo.

• Enfatizó que, al momento de realizarse la afiliación o traslado, 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, lo que se dio con la expedición de la Ley 1328 de 2009.

• Indicó que informó a sus afiliados de las posibilidades de traslado y retorno de régimen, legítimo derecho del cual no hizo uso la demandante, quien además se encuentra incurso en la prohibición legal del art. 2 de la ley 797 de 2003, por no ser beneficiaria del régimen de transición y al encontrarse a menos de 10 años de la edad de pensión, se evidencia conformismo o desidia sobre el asunto. Igualmente señaló que con el traslado de régimen de pensiones la actora no perdió la posibilidad de la aplicación de normas favorables por lo que es inoficioso amparar su reclamación.

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

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la Sentencia del 15 de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: *DECRETAR LA NULIDAD E INEFICACIA DEL TRASLADO AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL QUE LA DEMANDANTE CAROLINA RODRIGUEZ SANCHEZ HIZO A LA ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA A PARTIR DE JUNIO PRIMERO DE 1997 Y MARZO 01 DE 2008, CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN A ESTA SENTENCIA.*

SEGUNDO: CONDENAR *A LA DEMANDADA ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA A DEVOLVER AL SISTEMA TODOS LOS VALORES QUE HUBIERE RECIBIDO CON MOTIVO DE LA AFILIACIÓN DE LA DEMANDANTE CAROLINA RODRIGUEZ SANCHEZ , TALES COMO COTIZACIONES, BONOS PENSIONALES, SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADOS CON TODOS SUS FRUTOS E INTERESES CONFORME LO DISPONE EL ARTICULO 1746 DEL CODIGO CIVIL Y TODOS LOS DESCUENTOS REALIZADOS, ESTO ES, CON SUS RENDIMIENTOS QUE SE HUBIEREN CAUSADO EN VIRTUD DEL REGRESO AUTOMATICO AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA ADMINISTRADO POR COLPENSIONES.*

TERCERO: ORDENA *A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA COLPENSIONES QUE UNA VEZ LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA DE CUMPLIMIENTO A LO AQUÍ ORDENADO, PROCEDA ACEPTAR EL TRASLADO DE CAROLINA RODRIGUEZ SANCHEZ DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, POR ELLA ADMINISTRADA.*

CUARTO: *SE CONDENAN A LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA, ASUMIR A SU CARGO LOS DETERIORES SUFRIDOS POR EL BIEN ADMINISTRADO, EN CASO DE QUE SE HUBIESES CAUSADO, ESTO ES, LAS MERMAS SUFRIDAS EN EL CAPITAL DESTINADO A LA FINANCIACION DE PENSION DE VEJEZ, POR LOS GASTO DE ADMINISTRACIÓN EN QUE HUBIERE INCURRIDO, LOS CUALES SERÁN ASUMIDOS DE SU PROPIO PATRIMONIO SIGUIENDO LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 963 DEL CÓDIGO CIVIL, CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN EN LA SENTENCIA.*

QUINTO: NO PROSPERAN *LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LAS DEMANDADAS.*

SEXTO: COSTAS *A CARGO DE LOS DEMANDADOS.”*

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el debate jurídico se centra en determinar si es procedente declarar la nulidad e ineficacia del traslado que la demandante realizó del RPMPD al RAIS, por intermedio de AFP PORVENIR, por falta de información suficiente, para que se ordene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos y que tenga en su cuenta pensional (cotizaciones, bonos pensionales, descuentos, cuotas de administración, frutos e intereses) y que estos sean recibidos con la afiliación al régimen de prima media; a lo que se oponen las demandadas, alegando que sus asesores dieron la información consagrada en la ley en su momento suscribiendo el formulario como única exigencia de la época y que la actora se trasladó de manera libre y voluntaria.

- Manifestó que las pruebas documentales permiten verificar que la actora se afilió al I.S.S. desde 1986, se trasladó al RAIS y aunque luego volvió al régimen de prima media desde 2008 retornó al RAIS, donde ha venido efectuando sus cotizaciones a la fecha y actualmente acumula 1056 semanas cotizadas en total; igualmente se recepcionó el interrogatorio de parte a la actora como única prueba

practicada, aceptando haber suscrito los formularios pero aclara que fue engañada pues le indicaron que su pensión en el régimen de ahorro individual sería mayor y a menor edad. Destacando que brillan por su ausencia pruebas específicas que permitan identificar la clase de información suministrada a la actora durante la suscripción de los formularios, única evidencia de lo acontecido durante el acto de traslado.

- Que la demandada PORVENIR alega que para esa época el único requisito era el formulario y que a la actora se le dio la información que para ese momento exigía la ley sin que existiera un mínimo consagrado para hacerlo efectivo; sin embargo, esto desconoce que para el momento ya estaba vigente el artículo 97 del Decreto 673 de 1993 (Estatuto Financiero) que exigía a los fondos entregar suficiente y adecuada información sobre sus productos a los afiliados para tomar decisiones, lo que ha sido ampliamente reiterado en una larga línea jurisprudencial sobre el asunto materia de estudio.

- Expresó que para el caso en estudio, con vista en las pruebas allegadas por los interesados, no se probó que la actora hubiere recibido la información que le facilitara una escogencia de fondo pensional en las dos ocasiones que fue trasladada y que verdaderamente con dicho traslado hubiere adquirido más beneficios a su haber, pues solo existe el formulario de afiliación, por lo que el despacho dispone la nulidad e ineficacia del traslado al RAIS que el demandante realizó del RPMPD en 1997 y 2008, por lo que se condena a PORVENIR a devolver al sistema pensional todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, así como todos los descuentos realizados por gastos de administración, fondo de solidaridad y los demás conforme los dispone el literal b artículo 60 y 20 de la Ley 100 de 1.993, y el deterioro sufrido por el bien administrado en caso de que se hubiere causado, conforme la sentencia SL5686-2021. A COLPENSIONES le ordena que una vez PORVENIR de cumplimiento a lo ordenado proceda a aceptar el traslado y reactivar como afiliado al demandante, actualizando su historia laboral recibiendo todos los dineros.

- Señalo en cuanto a la excepción de prescripción alegada por COLPENSIONES, que está establecido jurisprudencialmente que este traslado se puede realizar en cualquier tiempo, por lo que no hay lugar al estudio de la misma.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada PORVENIR:

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

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

- Que, si bien es cierto, con la declaratoria de ineficacia de los actos jurídicos se busca retrotraer los efectos del mismo como si nunca hubieren existido, tal propósito tiene excepciones como son las situaciones jurídicas consolidadas y los hechos consumados, y para este caso el fondo prestó sus servicios por todo el tiempo que el demandante estuvo afiliado al mismo y se lograron los rendimientos años tras año, por lo que resulta imposible dejar sin efecto los servicios prestados. Que lo mismo sucede con el seguro previsional debido a que las aseguradoras ya prestaron sus servicios, lo que no se puede retrotraer, máxime cuando son terceros ajenos al proceso.

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

3.2 De la parte demandada COLPENSIONES:

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

- Que la actora a la fecha de la demanda tenía 56 años cumplidos y cotizadas 356 semanas al RPM y 704.8 al RAIS para un total de 1059 semanas entre ambos regímenes, alegando ahora nulidad por no haber recibido suficiente información, pero no resulta procedente la declaratoria de ineficacia y nulidad de traslado porque el realizado por el demandante del RPMPD al RAIS goza de plena validez, ya que el mismo lo hizo ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, advirtiendo que COLPENSIONES no intervino al momento de dar información al demandante, quien de manera libre y voluntaria decidió que fondo le favorecía para obtener el derecho a la pensión.

- Que no es posible aceptar el traslado del demandante teniendo en cuenta 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 se encuentra en el límite legal.

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:

PORVENIR S.A.: El apoderado de PORVENIR solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada, teniendo en cuenta que para la fecha en que fue realizado el traslado, no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; La cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal, dejando constancia, de que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin precisiones, pues la demandante suscribió el formulario exigido, luego la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley.

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

pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

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

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguiente:

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado de la señora CAROLINA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A.?, y 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:

Procede esta Sala a determinar en primer lugar si los traslados de la señora CAROLINA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuaron en 1994 y 2008, se dieron con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones HORIZONTE (hoy PORVENIR S.A.), o si en su defecto, procede la declaratoria de ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS y el orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES, pues esto implicaría que el demandante se encuentra actualmente afiliado al RPMPD.

Al respecto el juez a quo concluyó, que era procedente declarar la ineficacia del traslado dado que existe un deber de información de las administradoras a sus afiliados al momento de consolidar el mismo, respecto del cual era necesario demostrar que al demandante se le entregó información veraz, clara y completa sobre los beneficios y desventajas de cada uno de los regímenes, que le facilitara una escogencia de fondo pensional, lo que jurisprudencialmente se ha señalado es carga de la prueba de la AFP y no se cumplió, por lo que accedió a las pretensiones. Lo que será objeto de estudio bajo el grado jurisdiccional de consulta.

A esta conclusión se opuso Colpensiones manifestando que se debió resolver en contra del demandante porque el traslado que realizó al RAIS es válido, además que se encuentra en el límite legal para retornar al RPM. Por su parte PORVENIR S.A. alegó que la sentencia se debe revocar pues se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones, debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, pues estos son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos, y resulta imposible dejar sin efecto estos servicios, como igualmente sucede con el seguro previsional.

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

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

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

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

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

Al respecto la sentencia SL1452 de 2019 hace un recuento de las etapas de este deber de información, reiterando que surge con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y que sus decisiones previas identifican que inclusive en el Decreto 663 de 1993,

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

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

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

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

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

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

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la*

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PORVENIR S.A.; pues argumenta la demandante que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

La demandante manifestó que ocurrieron dos traslados entre regímenes, dado que desde 1986 estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL pero en 1994 se trasladó a PORVENIR y luego en 2007 volvió al régimen de prima media para nuevamente trasladarse a PORVENIR en 2008. Que en ambas ocasiones suscribió los formularios sin conocer las consecuencias reales del cambio, pues los asesores no suministraron la ilustración suficiente y las explicaciones necesarias para la toma de esa importante decisión, limitándose a advertirle que tendría una mejor mesada y se jubilaría antes de tiempo. También informó que adelantó reclamación administrativa ante las demandadas solicitando la nulidad de afiliación al RAIS y obtuvo respuesta negativa.

Ahora bien, advierte la Sala que este relato indicando en la demanda no es preciso, por lo que deben resaltarse las siguientes pruebas:

- Formulario de afiliación No. 002067 del 4 de abril de 1994 por el cual la actora solicita su vinculación a PORVENIR S.A.
- Historial de cotizaciones expedido por COLPENSIONES donde registra períodos cotizados en 1986, 1994, 1998, 1999, 2007 y 2008
- Formulario de afiliación No. 12645633 del 20 de febrero de 2008 por el cual la actora solicita su vinculación a PORVENIR S.A.
- Registro del SIAFP, donde consta que la actora se trasladó de COLPENSIONES (ISS) a PORVENIR por solicitud del 4 de abril de 1994 efectivo a partir del 1 de mayo de ese año; luego por solicitud del 17 de abril de 1997 se trasladó de vuelta a COLPENSIONES a partir del 1 de junio de ese año y finalmente el 20 de febrero de 2008 solicitó nuevo traslado a PORVENIR, efectivo desde el 1 de abril de ese año.
- Constancia de COLPENSIONES indicando “*Verificada la base de datos de Afiliados, el Señor (a) CAROLINA RODRIGUEZ SANCHEZ identificado (a) con Cédula de Ciudadanía número 60318895, estuvo afiliado (a) al Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y su estado es ASIGNADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD – RAI POR DECRETO 3995/2008*”.
- Solicitud de afiliación elevada el 20 de noviembre de 2012 y que fue resuelta el 26 de noviembre, indicándole a la actora que no podía tramitarse al existir inconsistencias en el estado de afiliación que debe ser resuelto internamente entre administradoras, complementando el 28 de noviembre que la afiliación vigente es al Régimen de Ahorro Individual.

Acorde a estas pruebas, se advierte que la actora sí demuestra haber estado afiliada al I.S.S. antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero fue en abril de 1994 y no en 1997 como afirmó el Juez, que se trasladó a PORVENIR S.A. Desde entonces se evidencia que fue en 1997 cuando retornó a COLPENSIONES, no en 2007 como alega la demanda y a partir de ese momento se generó un conflicto entre las entidades que recibían sus aportes, lo cual fue resuelto mediante comité de multifiliación que según certifica COLPENSIONES, asignó la afiliación a PORVENIR y esto fue ratificado por la decisión en 2008 donde la actora nuevamente suscribe formulario de afiliación a dicha entidad.

Cabe recordar que de la Ley 100 de 1993 se consagró un sistema general de pensiones para unificar la dispersión que normativamente se había generado durante el Siglo XX y garantizar los principios constitucionales de la Carta Política de 1991 y especialmente los preceptos del artículo 48, para ello se consagraron dos regímenes para que coexistieran con diferentes características. Dada la coexistencia de estos dos regímenes, se fijaron una serie de reglas para garantizar el debido funcionamiento de cada uno y ello implica condiciones de elección con obligación de permanencia por un período mínimo de tiempo antes de elegir un cambio de régimen, así como un período máximo de edad para solicitar este cambio y con ello garantizar que el capital que va a servir para financiar la pensión sea utilizado y configurado por la entidad que debe reconocer la misma.

Ahora bien, antes de entrar a verificar la incidencia del conflicto de multifiliación derivado del cambio de régimen de 1997 y 2008, se advierte que en este caso se suscita como particularidad que la señora RODRÍGUEZ SÁNCHEZ previamente materializó un traslado de régimen en 1994 que fue primero en el tiempo y que se advierte como inicial; además, ajeno a la problemática derivada de los traslados posteriores y que por suscitarse a la entrada en vigencia del sistema no generaba ningún conflicto de multifiliación por tiempos de permanencia.

De esta manera, considera la Sala que debe entrar a verificar la eficacia del traslado de régimen suscitado en abril-mayo de 1994 y en caso de establecer que carecía de efectos, no habría lugar a validar situaciones posteriores pues se debe entender como si las mismas no hubieran ocurrido. Lo anterior se deriva de las consideraciones largamente expuestas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en providencias como SL3892 de 2022, al analizar la teoría de los actos de relacionamiento concluyen que es imperioso determinar la validez de la afiliación inicial y cualquier acto posterior no puede sanear o convalidar el error suscitado en el primer traslado.

En consecuencia, se resalta que aparte del formulario de afiliación a PORVENIR del 4 de abril de 1994, no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento del primer traslado de régimen pensional, siendo necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, la señora CAROLINA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de 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.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PORVENIR S.A. brindó al afiliado previo a su traslado inicial, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para abril de 1994 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir

cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento PORVENIR S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, y no aportó prueba alguna que lo confirmara, ya que con las aportadas al proceso no se infiere con certeza que la situación pensional particular de la actora haya sido estudiada y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a CAROLINA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Respecto a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por si sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales del recurso de apelación de ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

Por otra parte, sobre la prescripción alegada por las demandadas, se advierte que, al tratarse el presente asunto de una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental de la Seguridad Social, su exigibilidad puede darse en cualquier momento en aras de obtener su integro reconocimiento. Por lo tanto, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en los fondos privados por cambio de régimen pensional no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales del afiliado.

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 y ante ello, la Sala confirmará la decisión de declarar la nulidad e ineficacia del traslado, pero modificando el numeral primero de la decisión apelada y en consulta, en cuanto el acto susceptible de ineficacia es el traslado de régimen materializado el 1 de mayo de 1994 por la suscripción del formulario de afiliación No. 002067 del 4 de abril de 1994 por el cual la actora solicita su primer traslado del I.S.S. a PORVENIR S.A.

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 PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y descuentos realizados por gastos de administración y seguro previsional a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

Esto ha sido recientemente reiterado por la Sala de Casación Laboral en proveído SL2877 de 2020, donde se dijo:

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS **debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante** en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, **incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.**”*

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que PROTECCIÓN S.A. y PROTECCIÓN S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar **los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.**”*

Al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PORVENIR S.A., deberá devolver completamente todas las prestaciones que recibieron del afiliado, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la demandada PORVENIR S.A., incumplió su deber de información, hecho que genera consecuencias y efectos jurídicos, que han sido objeto de pronunciamiento por la Sala de Casación Laboral en su Sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, que señaló:

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

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

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones **la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta **declaración obliga 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 PORVENIR S.A., referente a que los descuentos se hicieron con fundamento jurídico, ya que es claro para esta Sala de Decisión, a partir de lo expuesto, que la ineficacia del traslado, genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y estas deben ser cubiertas por el receptor de las mismas en el momento que duró la afiliación.

Respecto de los demás argumentos de los apelantes sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en

*tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- **con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”*

De lo anterior se desprende, que es la AFP quien, al predeterminar la ineficacia, está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Lo anterior permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar a la actora desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1.994 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.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar los demás apartes de la decisión adoptada por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 24 de junio de 2022; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de fecha del 24 de junio de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, y en su lugar DECLARAR que la INEFICACIA del traslado de régimen materializado el 1 de mayo de 1994 por la suscripción del formulario de afiliación No. 002067 del 4 de abril de 1994 por el cual la actora solicitó su primer traslado del I.S.S. a PORVENIR S.A. de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la providencia apelada y en consulta, acorde a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belen Quintero G.

**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA**

José Andrés Serrano Mendoza

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**

David A.J. Correa Steer

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



República de Colombia

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

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 54-001-31-05-001-
2022-00035-01**

PI 20232

CAROLINA RODRÍGUEZ SÁNCHEZ contra **COLPENSIONES
Y OTRO.**

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

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como

también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and strokes, positioned above a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado