



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 veintiséis (26) de junio dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-001-2022-00213-01 P.T. No. 20.320

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE DILDAR SALAMANCA BELTRÁN.

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRA.

FECHA PROVIDENCIA: VEINTISÉIS (26) DE JUNIO DE 2023.

DECISION: “**PRIMERO: Confirmar** la sentencia de fecha 01 de diciembre de 2.022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia. **SEGUNDO: Condena en costas por la segunda instancia**, a cargo de las demandadas y a favor de la demandante; se fijan como agencias en derecho 1 SMMLV de conformidad con el numeral 1. ° del artículo 5. ° del Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, lo que corresponde a UN MILLON CIENTO SESENTA MIL PESOS MCTE (\$1.160.000) a cargo de cada demandada.”

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy cinco (5) de julio 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

Veintiséis (26) de junio de dos mil veintitrés (2.023)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2022-00213-01
RADICADO INTERNO:	20.320
DEMANDANTE:	DILDAR SALAMANCA BELTRAN
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION SA

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN, así como el grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 01 de diciembre de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

La señora DILDAR SALAMANCA BELTRAN por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PROTECCION, solicitando que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado que realizó del RPMPD administrado por el entonces ISS al RAIS, como consecuencia, se ordene el retorno desde este último régimen, administrado por PROTECCION, al que administra COLPENSIONES, con la devolución de la totalidad de los dineros que la AFP haya recibido producto de las cotizaciones obligatorias que realizó durante todo el tiempo en que la han mantenido ineficazmente afiliada, incluyendo bonos pensionales, sumas adicionales, cuotas o comisión de administración ilegalmente descontadas y los valores descontados para los seguros de invalidez y sobrevivencia, así como los rendimientos obtenidos; así mismo, que se ordene a la administradora del RPMPD, recibir dichos aportes, ajustándolos a las semanas efectivamente cotizadas en ese régimen y a reflejarlas en su historia laboral, a fin de que pueda solicitar por vía administrativa, una vez que cumpla los respectivos requisitos de ley, el reconocimiento de la pensión de vejez que por derecho le corresponda.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones principales relata:

- Que estuvo afiliada en el RPMPD administrado por el ISS, desde el 26/09/1990 hasta el 30/06/2010.

- Que el 03/05/2010 firmó formulario de traslado al RAIS a través de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías ING, el cual se hizo efectivo a partir del 01/07/2010. Que dicha AFP posteriormente fue absorbida por PROTECCIÓN S.A. Que el convencimiento que le dio la AFP ING, se hizo con el argumento engañoso o error de hecho consistente en que el régimen de pensiones que venía administrando el ISS dejaría de existir a corto plazo, circunstancia que pondría en riesgo sus aportes a pensión y que estando afiliada al fondo privado se

llegaría a pensionar en mejores condiciones. Que no recibió del fondo privado, información o explicación cierta, veraz, clara, completa, comprensible y suficiente sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas o desventajas que estaba asumiendo al efectuar su traslado del régimen, ni la incidencia negativa futura que ello podría llegar a tener en su pensión de vejez y tampoco sobre cuáles eran las diferencias de los regímenes pensionales, las modalidades de pensión y que tenía la posibilidad que tenía de trasladarse por última vez al RPMPD antes de cumplir 10 años para pensionarse.

- Que presentó reclamación administrativa ante Colpensiones el 13/05/2022, tendiente a obtener la posibilidad de devolverse al RPMPD, y dicha entidad mediante oficio BZ2022_6217719-1363382 de la misma fecha, respondió negativamente la reclamación administrativa. Que el 13/05/2022 también presentó reclamación ante la AFP PROTECCIÓN S.A., entidad que le dio respuesta adjuntando copia del formulario de traslado y la relación histórica de los aportes allí efectuados.

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

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

- Que la parte demandante no realizó esfuerzo argumentativo y probatorio alguno para establecer qué clase de error se alega, ni la entidad del mismo, para poder determinar si tiene la virtualidad de anular el consentimiento. Que las pruebas documentales aportadas, en particular el formulario de vinculación o traslado suscrito por el demandante bajo la gravedad de juramento. Donde se deja constancia de que su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, despeja cualquier duda acerca de la posible ocurrencia de un vicio de voluntad, por lo que no puede ahora desconocer su propio acto.

- Que el RAIS es un sistema reglado en la ley y no puede alegarse desconocimiento para afirmar que hubo inobservancia y transgresión al deber de información según lo contemplado en el artículo 9. ° del Código Civil.

- Que tan consiente y válida fue la decisión del demandante que el art. 3 del Decreto 1161 de 1994 le ofrecía la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a su elección y no lo hizo.

- Que la H. Corte Constitucional ha trazado una clara línea jurisprudencial en las sentencias SU-062/2010, C-1024/2004 y SU-130/2013 en los eventos en los cuales le es permitido a los afiliados trasladarse de regímenes en cualquier tiempo, sin estar sujetos a la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2 de la Ley 797 de 2003, estableciéndose que los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para trabajadores del sector privado o 30 de junio de 1995 para el caso de servidores públicos departamentales, municipales y distritales, pueden trasladarse en cualquier tiempo del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, lo que no está acreditado en este caso.

- Que en la sentencia de la CSJ-Sala Laboral, SL19447-2017 de fecha 27 de septiembre de 2017, Radicado No 47125, MP Gerardo Botero Zuluaga, se establece como uno de los requisitos de procedencia para declarar ineficaz la afiliación, que la insuficiencia de información impida el acceso al derecho a pensión y para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

- Que, en el improbable evento de acceder a las suplicas de la demanda, se debe considerar que de conformidad con la sentencia SU-62/2010 y el Decreto 3995/2008 es requisito *sine qua non* para que se produzca el traslado de regímenes que exista equivalencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el

monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media y de existir diferencia debe ser asumida por el afiliado.

- Que cuando se realizó el traslado del RPM no existían los requisitos que la jurisprudencia exige desde el año 2.008, para esa época se encontraban vigentes el artículo 97 del Decreto 663 de 1.993 literal b y el artículo 13 de la Ley 100 de 1.993 en su versión original, así como el artículo 1 del Decreto 1161 de 1.994; disposiciones que establecían obligaciones de dar información acerca de los traslados pero eran de carácter genéricas, no establecían unos mínimos o máximos que debían cumplir los fondos de pensiones para entenderse que se habría producido el traslado en debida forma. Que el artículo 11 del Decreto 692 del 94 estableció como única prueba la suscripción de un formulario de afiliación y el contenido de este, el cual era aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

- Propuso las excepciones de: 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 provisional cuando se declara y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a que la actora estuvo afiliada al RPMPD y se trasladó al RAIS; así mismo, que presentó reclamación administrativa ante esa entidad, a la que se dio respuesta negativa. Respecto a los demás hechos manifestó que no le constan, por lo tanto, se atiene a lo que resulte probado en el transcurso del proceso.

- Solicitó ser absuelta y expresó rechazo a las declaraciones y condenas deprecadas en la demanda, argumentando que a la demandante no le asiste el derecho reclamado ya que no puede desconocer su traslado de forma voluntaria y sin presión al RAIS, administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., en donde se ha mantenido, y que actualmente se encuentra incurso en lo establecido por el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y el literal e) modificado por la Ley 797 de 2003, por estar a menos de 10 años para pensionarse.

- Que no se logra colegir la ausencia de alguno de los elementos de existencia y validez de la afiliación, ni tampoco que el demandante fuese engañado y conducido a un error en su convencimiento. Que se evidencia es la manifestación libre y voluntaria del demandante De permanecer en el RAIS y la validez del formulario de afiliación que perfeccionó tal voluntad.

- Que, revisado el acervo probatorio, no se encuentra elemento que permita dar cuenta que, se presentó una falta de información por parte del fondo privado al momento de llevarse a cabo la suscripción del formato de afiliación al RAIS y que, por lo tanto, la insuficiencia de la información afecte los intereses del afiliado en procura de reivindicar su derecho o el acceso al mismo. Resaltó que esa entidad no intervino al momento de brindar información a la demandante, simplemente acató su voluntad de trasladarse de régimen pensional conforme a la normatividad.

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

- Que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exige al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, lo que ha creado una situación ventajosa que favorece a los afiliados, ya que la exigencia probatoria no ha podido

ser acreditada por los fondos, puesto que cuentan únicamente con los formularios de afiliación, conllevando a que los fallos judiciales en la actualidad se expidan en contra de dichas entidades y de manera colateral afecten los intereses de Colpensiones.

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

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

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

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

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

- Que según la sentencia SL373-2021 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Magistrada Ponente CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, si la calidad del afiliado se encuentra en validez y ya posee la condición de pensionado, no puede prosperar la ineficacia de la afiliación, toda vez que, no se puede retrotraer el estado mismo de las cosas por haber un hecho consumado, pues esto implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía.

- 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.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN, contra la Sentencia del 01 de diciembre de 2.022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“1). Decretar la nulidad e ineficacia del traslado del REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, de la demandante DILDAR SALAMANCA BELTRAN, hizo ante el fondo de pensiones y cesantías ING, hoy PROTECCIÓN SA, en mayo de 2010.

2). Condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN SA, a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora DILDAR SALAMANCA BELTRAN, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, y todos los descuentos realizados y además con los rendimientos que se hubieren causado en virtud del regreso automático al RPMPD administrado por COLPENSIONES.

3). Ordenar a COLPENSIONES que una vez PROTECCION SA de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a aceptar como su afiliada a la demandante DILDAR SALAMANCA BELTRAN, en el RPMPD por ella administrado.

4). Se condena a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN SA a asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado en caso de que se hubiere causado, esto es junto con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez o los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos de su propio pecunio y teniendo en cuenta el contenido de la sentencia SL5786 de 2021, todas estas mermas deben ser devueltas debidamente indexadas.

5). Las costas serán a cargo de los demandados y no prosperan las excepciones propuestas por ellas.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que efectivamente la actora estuvo afiliada en principio al RPMPD administrado por el entonces ISS, desde septiembre de 1990, y que en mayo de 2010 se trasladó al RAIS a través de ING, hoy PROTECCION.

- Que lo único probado al expediente y además certificado por PROTECCION SA, es que efectivamente que la demandante se afilió desde mayo 2010 a ese fondo y que empezó a hacer cotizaciones a partir de julio de 2010 y obra el formulario del entonces fondo pensional ING, identificado con el numero 8754426, de donde se establece que esa afiliada proviene del ISS.

- Que frente al asunto de la obligatoriedad de los fondos de pensiones y cesantías de la información debida al momento de la afiliación que ya había establecido el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, aun cuando PROTECCION SA dice que sus asesores estaban muy bien preparados, tenían conocimiento sobre los regímenes pensionales y que buscaban siempre en sus afiliaciones el beneficio del afiliado, lo que generaba confianza, que para la época lo requerido era el formulario de afiliación y que a la afiliada le dieron toda la información sobre los regímenes pensionales; al contrario la demandante en el interrogatorio de parte bajo la gravedad de juramento informa que no recibió ninguna información, sino un comentario de que el ISS iba a desaparecer, no se sabía a donde irían sus aportes por lo que era mejor que se afiliara al fondo privado, fue lo que le comentó la asesora del fondo ING, que está inconforme actualmente porque no está debidamente asesorada pues le explicaron que era una ahorro para su pensión, pero si le hubieran explicado los beneficios y desventajas de este cambio, no lo hubiera realizado.

- Que el apoderado de la pate demandante y el representante del Ministerio Publico reiteraron la abundante jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al tema de estudio, recordando que ha establecido y dicho que desde la creación los fondos existía la obligación de estos de dar una información clara y precisa sobre los regímenes pensionales existentes, sobre las ventajas y desventajas, para que el afiliado pudiera escoger efectivamente el que más

le favorecía y que en virtud de la negación de los afiliados de haber recibido esa clara información, se generaría una ineficacia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1.993, por lo que volvería las cosas al momento en que se encontraba antes de esta afiliación.

- Que por no haberse dado cumplimiento a las exigencias del artículo 97 del Decreto 663 y teniendo en cuenta que el cambio de régimen se efectuó en mayo 3 de 2010, momento para el cual ya la Corte Suprema de Justicia había establecido que ante la negativa de recibir la información, que la carga de la prueba recaía en el fondo que afilió al trabajador al régimen privado pensional, brilla por su ausencia al expediente prueba de que la demandante hubiere recibido la debida información por parte fondo ING en su momento para tomar conscientemente la decisión de cambio del régimen pensión, en consecuencia, dando aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1.993, se declara la ineficacia del traslado y se ordena a PROTECCION devolver a COLPENSIONES todos los dineros que en cuenta pensional posea la actora en dicho fondo y a esta última a reactivar la afiliación de la demandante en el RPMPD.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada COLPENSIONES:

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

- Que el recurso se presenta contra la integridad de la sentencia proferida porque disiente de la misma, ya que existió una debida, comprensible y suficiente información al momento de llevar a cabo la afiliación inicial al régimen.

- Que se evidencia que no hubo interés por parte de la accionante, en indagar la veracidad de lo informado, es decir sí hubo asesoría y debió hacer su traslado en el término que le otorga la ley y teniendo conocimiento de las condiciones en que se encontraba afiliada.

- Que se debe tener en cuenta, que la principal inconformidad radica en que se condene la ineficacia pretendida aun cuando el deseo del traslado de la demandante obedece a situaciones que no tienen nada que ver con una indebida o insuficiente información, pues se direcciona a recibir un mejor monto pensionario en esa Administradora, argumento que no es válido porque cada régimen tiene normativas y cálculos diferentes.

- Indicó respecto a la condena en costas, que Colpensiones se encontraba sujeta a lo normativamente instituido y que no proceden los traslados de régimen cuando faltan menos de 10 años para pensionarse, como es el caso de la actora, igualmente, que dicha entidad no fue determinante en el traslado del régimen, por lo que es una condena innecesaria.

3.2 De la demandada PROTECCION:

El apoderado de PROTECCION interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que no es procedente devolver conjuntamente los rendimientos y la comisión de administración por tratarse de prestaciones ya acaecidas; que no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual produjo unos rendimientos gracias a la buena gestión de la AFP, la cual a su vez cobra una comisión para hacer rentar estos dineros, por lo tanto, son conceptos excluyentes y no se pueden devolver al afiliado, atendiendo el artículo 964 inciso final del Código Civil, dadas las restituciones mutuas de interés, frutos y mejoras. Que la aseguradora cobro el seguro previsional y es un tercero de buena fe.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las demandadas presentaron sus alegatos de conclusión que se resumen de la siguiente manera:

• PORVENIR S.A.:

El apoderado de la demandante solicitó que se confirme en su totalidad lo decidido por el juez de primera instancia. Que debe tenerse en cuenta que la actora siempre ha sido una persona inexperta e ignorante en temas pensionales y nunca recibió del fondo privado explicación o información cierta, veraz, clara, completa, comprensible y suficiente sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y/o desventajas asumidas en su traslado de régimen pensional, ni cuáles eran las diferentes modalidades de pensión que podría escoger en el fondo privado cuando quisiera pensionarse, ni las diferencias y el funcionamiento de cada régimen y tampoco cuál sería la eventual mesada que podría llegar a recibir en uno y otro régimen o realmente cómo era que se podría pensionar en menos tiempo, pues si se le hubiese explicado este solo aspecto, nunca habría consentido su traslado del RPMPD

Que solicita no atender la inconformidad planteada por la A.F.P. PORVENIR S.A. como fondo determinante del traslado y donde se encuentra actualmente afiliada la actora bajo la misma situación de ineficacia generada al no haber recibido ningún elemento de juicio claro y objetivo respecto al traslado, porque el fondo privado no desvirtuó haber cumplido con el deber de asesoría, información y buen consejo que le asistía para convencer de manera cierta y clara a su prohijada en abandonar el RPMPD y tampoco demostró que le hubiese ofrecido o dado a la actora la doble asesoría que le exige la Ley 1328 de 2009, el artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, ni se le informó a su mandante de la última posibilidad que tuvo de trasladarse y recuperar los beneficios del RPMPD antes de los últimos 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez.

Que el hecho de que la demandante haya permanecido afiliada varios años al RAIS no significa de ninguna manera que hubiese tenido conocimiento de los beneficios, ventajas o desventajas de su permanencia en dicho régimen, ni puede suplir la obligación legal del fondo privado en demostrar o desvirtuar que recibió toda la información necesaria para adoptar una decisión voluntaria e informada al respecto.

• COLPENSIONES:

El apoderado judicial de PROTECCION, solicita que se revoque la decisión y se absuelva a su representada, manifestando que el traslado de régimen invocado por la actora no es procedente, teniendo en cuenta que está a menos de 10 años para cumplir con la edad requerida para tener derecho a la pensión, debido que nació el 07 de marzo de 1972 y en actualidad tiene 51 años de edad, circunstancia que le impide retornar a COLPENSIONES según el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2. ° de la Ley 797 de 2003.

Que esa AFP está sometida al imperio de la Ley y solo puede reconocer las prestaciones económicas que cumplan con los presupuestos previamente allí establecidos, además actuó de buena fe. Que PROTECCION previo a realizar cualquier tipo de afiliación, ofrece una asesoría acompañada de profesionalismo y transparencia, por medio de ejecutivos comerciales capacitados en un estudio profundo del Sistema General de Pensiones y su marco legal, buscando la satisfacción de los clientes, generando tranquilidad y confianza en la afiliación.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado que la señora DILDAR SALAMANCA BELTRAN realizó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP ING, hoy PROTECCIÓN S.A.?, y de ser procedente, ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de todos los valores ordenados?

8. CONSIDERACIONES:

Procede esta Sala a determinar en primer lugar, si el traslado de la señora DILDAR SALAMANCA BELTRAN del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó en el año 2010, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones ING, hoy PROTECCIÓN 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 la demandante se encuentra actualmente afiliada al RPMPD.

Al respecto el a quo concluyó, que era procedente declarar la ineficacia del traslado dado que existe un deber de información de las administradoras a sus afiliados al momento de consolidar el mismo, respecto del cual era necesario demostrar que a la 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.

A esta conclusión se opuso COLPENSIONES alegando que existió una debida, comprensible y suficiente información al momento de llevar a cabo la afiliación inicial al régimen y que la accionante no estuvo interesada en indagar la veracidad de lo informado. También expuso que la actora debió hacer su traslado en el término que le otorga la ley, teniendo conocimiento de las condiciones en que se encontraba afiliada y que dicho traslado ya no procede por faltarle menos de 10 años para pensionarse. Que el deseo del traslado de la demandante obedece a situaciones que no tienen nada que ver con una indebida o insuficiente información, pues se direcciona a recibir un mejor monto pensionario en esa Administradora, argumento que no es válido porque cada régimen tiene normativas y cálculos diferentes. Por su parte el apoderado de PROTECCIÓN argumentó que no es procedente devolver conjuntamente los rendimientos y la comisión de administración por tratarse de prestaciones ya acaecidas y que la aseguradora cobro el seguro previsional y es un tercero de buena fe.

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

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

vicio en el consentimiento denominado error, que hace imposible que la selección del nuevo régimen sea soberana y potestativa

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

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

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

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

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

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

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

trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”.

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

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

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PROTECCION S.A.; pues argumenta la demandante que 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 estuvo afiliada en el RPMPD administrado por el ISS, desde el 26/09/1990 hasta el 30/06/2010. Que el 03/05/2010 firmó formulario de traslado al RAIS a través de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías ING, el cual se hizo efectivo a partir del 01/07/2010, al ser convencida con el argumento engañoso de que el régimen de pensiones que venía administrando el ISS dejaría de existir a corto plazo y sin que se le suministrara la información suficiente sobre las consecuencias, ventajas o desventajas del traslado, ni que podía trasladarse por última vez al RPMPD antes de cumplir 10 años para pensionarse. Que presentó reclamación administrativa ante las demandadas solicitando el traslado de régimen.

De las pruebas documentales allegadas al proceso, entre las que se encuentran historias laborales, las respuestas brindadas por las entidades frente a la reclamación administrativa y el formulario de vinculación a la Administradora de Fondos de Pensiones ING, se puede evidenciar que la actora estuvo inicialmente afiliada al RPMPD mediante el I.S.S. (Hoy COLPENSIONES), desde el 26/09/1990 y

con formulario No. 8754426 del 03 de mayo de 2010, solicitó cambio de régimen con afiliación a la AFP ING, lo cual se hizo efectivo el mismo día.

Lo primero a destacar, es que el GRUPO ING en 2013 se fusionó con la A.F.P. PROTECCIÓN²; por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva, al corresponder cualquier responsabilidad sobre la actual afiliación de la actora a la aquí demandada.

Se resalta que el traslado de régimen pensional se dio con el diligenciamiento del formulario de solicitud de vinculación a ING de fecha 03 de mayo de 2010, que fue suscrito por la demandante y no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento en que la actora se trasladó de régimen pensional, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, la señora DILDAR SALAMANCA BELTRAN, no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario por medio del cual se trasladó de régimen pensional, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Como se explicó, no obra prueba alguna que dé cuenta si ING, hoy PROTECCION S.A, brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para mayo de 2010 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía el referido con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento ING, hoy PROTECCION 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 la señora DILDAR SALAMANCA BELTRAN donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

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

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento de la afiliada, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que la indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera

los argumentos iniciales del recurso de apelación de COLPENSIONES son desestimados, pues para que se enervara la decisión, la AFP demandada debía enfocarse en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

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

Así lo ha expresado en diversos pronunciamientos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluye por ejemplo en providencia SL361 de 2019 que “la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada”; por lo que esta excepción no está llamada a prosperar.

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

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de

prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

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

Por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A., deberá devolver completamente todas las prestaciones que recibieron de la afiliada, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones. Los cuáles están en custodia de la Administradora y no de la aseguradora, para quien la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la demandada PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN S.A., referente a que los descuentos se hicieron con fundamento jurídico, ya que es claro para esta Sala de Decisión, a partir de lo expuesto, que la ineficacia del traslado, genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y estas deben ser cubiertas por el receptor de las mismas en el momento que duró la afiliación.

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

*“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- **con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”*

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

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

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio, además que PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y ejercieron su actividad procesal contra las mismas, por lo que resultaron vencidas en este asunto y contra ellas procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 01 de diciembre de 2.022; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho 1 SMMLV de conformidad con el numeral 1. ° del artículo 5. ° del Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, lo que corresponde a UN MILLON CIENTO SESENTA MIL PESOS MCTE (\$1.160.000), 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: Confirmar la sentencia de fecha 01 de diciembre de 2.022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Condena en costas por la segunda instancia, a cargo de las demandadas y a favor de la demandante; se fijan como agencias en derecho 1 SMMLV de conformidad con el numeral 1. ° del artículo 5. ° del Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, lo que corresponde a UN MILLON CIENTO SESENTA MIL PESOS MCTE (\$1.160.000) a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado
ACLARO VOTO



República de Colombia

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

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 54-001-31-05-001-
2022-00213-01**

PI 20320

**DILDAR SALAMANCA BELTRÁN contra COLPENSIONES Y
OTRO.**

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

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

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

2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and strokes, positioned above the printed name.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado