



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

RADICACIÓN: 54-001-31-05-002-2021-00183-01 P.T. No. 20.324

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE GERMAN ALBERTO DÍAZ.

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRA.

FECHA PROVIDENCIA: TREINTA (30) DE JUNIO DE 2023.

DECISION: “**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha 14 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la parte demandada PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 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 siete (07) de julio de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy once (11) 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

Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2.023)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2021-00183-01
RADICADO INTERNO:	20.324
DEMANDANTE:	GERMAN ALBERTO DÍAZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 14 de febrero de 2023 que fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

El señor GERMAN ALBERTO DÍAZ interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., solicitando que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado del RPMPD hacia el RAIS, por la indebida y nula información que suministro el fondo privado a mi poderdante, para convencerlo que se trasladara de régimen, para que se ordene realizar todas las gestiones administrativas para trasladar la totalidad de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES y que sean recibidos sin solución de continuidad, corrigiendo y actualizando su historia laboral, declarándola como única afiliación válida. De manera subsidiaria solicita que se acceda a la indemnización de perjuicios por la indebida información y se ordene a PORVENIR a reconocer la pensión en las mismas condiciones a que tendría derecho en el régimen de prima media o cancele la diferencia correspondiente entre las mesadas.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que nació el 11 de julio de 1955, cumpliendo la edad mínima para pensión de vejez en el RPM en el año 2017; se afilió al régimen de prima media el 14 de septiembre de 1979 y allí cotizó un total de 709 semanas, por diversos empleadores.
- Que el 27 de abril de 2001 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de HORIZONTE (hoy PORVENIR), en una decisión aparentemente libre y voluntaria, pero que no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo, no generándose el consentimiento adecuado.
- Que ha cotizado al RAIS un adicional de 696 semanas, para un total de 1405 entre ambos regímenes y pese a haber solicitado la información de su traslado, no se le ha entregado la misma.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que se opone y rechaza las declaraciones incoadas en la demanda por carecer de sustento fáctico y jurídico, advirtiendo que se atiene al cumplimiento normativo en la medida que el demandante no puede desconocer su traslado de forma voluntaria y sin presión al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD desde el 27 de abril de 2001, en la medida que la escogencia y afiliación a un determinado régimen de pensiones, debe ser un acto libre, consciente y voluntario del trabajador, de quien se presume su capacidad y por ende debe demostrar la alegada existencia de un vicio del consentimiento, sin que se aporten pruebas de que fuese engañado y conducido a un error. Además, señala que el actor se mantuvo desde la citada fecha en el RAIS y desconocería el límite legal para retornar al RPM.

- Sobre los hechos, señala que no le constan los correspondientes al expediente administrativo e historia laboral, pues no es la entidad que administró la afiliación el actor y por ende deben probarse sus manifestaciones; indicando que conforme a las reglas de la carga de la prueba, quien afirma debe demostrar los vicios alegados, pero en este caso la posición jurisprudencial creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso.

- Considera que 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 Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.

- Señala que el período de permanencia obligatoria debe ser respetado, en la medida que consiste en evitar la *descapitalización* del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al *fondo común* y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico, por lo que no es posible aceptar el traslado de la demandante, en virtud a la norma antes transcrita, ya se encuentra superado el rango de la edad requerida para pensionarse esto es los 62 años de edad para jubilarse, motivo por el cual no es posible para COLPENSIONES acceder a la solicitud de traslado y cumple con los requisitos para pensionarse por el RAIS.

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.

- 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.

- 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.

- Que en caso de acceder a las pretensiones, se debe considerar que de conformidad con la sentencia SU-62/2010 y el Decreto 3995/2008 es requisito sine qua non para que se produzca el traslado de regímenes que exista equivalencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media y de existir diferencia debe ser asumida por el afiliado..

- Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o 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 PORVENIR S.A., contra la Sentencia del 14 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

*“PRIMERO: **DECLARAR** la ineficacia en sentido estricto de la afiliación del señor German Alberto Díaz a la administradora de fondo de pensiones Horizonte S.A hoy Porvenir S.A, suscrita el día 27 de abril del año 2001 por los motivos expuestos, En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no surte efectos.*

*SEGUNDO: **ORDENAR** a la administradora de fondo de pensiones Porvenir S.A, a devolver al régimen de prima media con prestación definida todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del código civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado en virtud al regreso automático al régimen de prima media con prestación definida, así mismo asumir con su patrimonio los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubieren causado, estos en las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez por los gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 20 y 60 de la ley 100 de 1993 inclusive de manera indexada.*

*TERCERO: **ORDENAR** a Colpensiones a que proceda a aceptar el traslado del señor German Alberto Díaz del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida*

*CUARTO: **CONDENAR** en costas a cada una de las entidades demandadas, fijando como agencias en derecho en favor de la parte demandante la suma de un SMLMV en contra de cada una de ellas..”*

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que no está en discusión que el actor estuvo afiliado a través de diferentes cajas de previsión social desde septiembre de 1979, que se trasladó al régimen de ahorro individual en 2001 a través de AFP HORIZONTE que hoy es PORVENIR.

- Que el litigio se fijó en determinar si a la demandante le asiste el derecho al retorno del RAIS al RPMPD, para lo que se entra a determinar si el traslado que efectuó surtió efecto o por el contrario debe ser declarado inexistente.

- Indicó que ese despacho sostiene una tesis positiva al problema jurídico, teniendo en cuenta que la demandada PORVENIR S.A. no acreditó haber suministrado a la actora la información necesaria para lograr la mayor transparencia al momento del traslado entre regímenes, a través de elementos de juicios claros y objetivos para que pudiera escoger las mejores opciones del Sistema General de Seguridad Social en pensiones.

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

- Recordó los artículos 271 y 272 ibídem, en los que se establecen las consecuencias de atentar contra el derecho de afiliación de forma libre y voluntaria, se advierte que cuando se impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, esta quedara sin efecto y podrá realizarse nuevamente, y que el Sistema Integral de Seguridad Social no tendrá aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, siendo aplicables los principios del derecho laboral establecidos en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

- Expresó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto del traslado, por ello, el examen del acto del cambio de régimen pensional por transgresión del deber de información debe abordarse desde esa institución y no desde el régimen de las nulidades o la inexistencia, como se señala en las sentencias SL1689, 10089 y SL3464 del 2019, proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

- Señaló el deber de información que le asiste a las administradoras de fondos de pensiones como instituciones financieras privadas de carácter previsional, las cuales conforme al artículo 97 de la ley 100 de 1993, deben cumplir con ciertos requisitos para su creación y funcionamiento y según lo establecido en el Decreto 657 del 94, ello implica su vigilancia por parte de la superintendencia financiera en los términos del Estatuto orgánico del sistema financiero (Decreto 663 del 93), bajo ese supuesto tienen el deber de dar a conocer a los usuarios del sistema toda la información necesaria para que puedan decidir de manera libre y voluntaria su afiliación a alguno de los regímenes pensionales, deber que según la sentencia SL1453 del año 2019, tienen las AFP desde su creación y cuyo grado de intensidad se ha transformado con el paso del tiempo, de modo que corresponde a los jueces evaluar su cumplimiento en el momento histórico que debía cumplirse.

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

- Resaltó que las obligaciones de las AFP las deben cumplir como lo manda el artículo 1603 del Código Civil y que estas entidades tienen la carga probatoria de mostrar que informaron y orientaron adecuadamente a los afiliados sobre las ventajas y desventajas del traslado entre regímenes pensional, de acuerdo a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 18 de octubre del 2017, radicación 46292.

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

- Al descender al caso concreto, sostuvo que se observa que se aportó al plenario el formulario de vinculación al fondo de pensiones HORIZONTE SA. y de traslado entre regímenes pensionales, suscrito el 27 de abril de 2001, el cual aceptan las partes fue diligenciado de forma libre y voluntaria por la demandante, y en el que se dejó plasmada dicha decisión con la leyenda allí preimpresa; lo que no se encuentra debidamente acreditado con el acervo probatorio allegado, es que PORVENIR S.A. suministrara a la demandante la información necesaria y relevante que llevara consigo la migración del régimen pensional bajo postulados claros y objetivos.

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

- Indicó que al no surtir efecto el traslado, esto conlleva al retorno al RPMPD en su estado original, por lo que se emiten las órdenes correspondientes para la devolución de todos los valores que hubiese recibido la pasiva y por el incumplimiento de información que le asistía, se le condena a asumir de su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, de conformidad con lo establecido en el artículo 96 del Código Civil y la sentencia SL 5686 del año 2021. Por lo anterior, no proceden las excepciones de mérito planteadas por las demandadas, entre las que se encuentra la prescripción, que no es aplicable al presente asunto en virtud a la sentencia SL1689 del año 2019 de la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada COLPENSIONES:

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

- Que 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 del accionante, en verificar o indagar la veracidad de lo informado por el funcionario que le suministró los formatos para el cambio de afiliación y no tuvo intención de indagar sobre lo indicado.

- Que se debe tener en cuenta, que el principio del inconformismo 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 normatividades y cálculos diferentes que no ponen en peligro su pensión.

- 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, igualmente, que dicha entidad no fue determinante en el traslado del régimen, por lo que es una condena innecesaria.

3.2 De la demandada PORVENIR:

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

- Que reitera lo expresado en los alegatos frente a la ineficacia y que la sentencia se debe revocar haciendo énfasis a las condenas del numeral 2, señalando que de acuerdo al inciso final del artículo 964 del Código Civil, como fondo, por su actividad generó los rendimientos o frutos que se ordenan restituir y se le deben reconocer los gastos de administración, así como las comisiones de acuerdo a la Ley 100 de 1993, pues es la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de los frutos.

- Que para este caso el fondo prestó sus servicios por todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada al mismo y se lograron los rendimientos de los aportes año tras año, por lo que resulta imposible dejar sin efecto los servicios prestados. Que los mismo sucede con el seguro previsional debido a que las aseguradoras ya prestaron su servicio, 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, esa AFP entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta de ahorro individual, pero no entiende que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión de esa entidad, toda vez que gracias a su buena administración la afiliada a incrementado el capital de su cuenta, además, se debe tener en cuenta que la administradora del RPMPD no efectuó ninguna gestión en ese periodo y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa, razón por la cual, teniendo en cuenta lo expuesto en el artículo 1746 del Código Civil, considera que frente a los gastos de administración deben operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

5. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

La apoderada judicial del demandante solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, manifestando que el actor no recibió la información necesaria ni pertinente, para efectuar el traslado del régimen, por lo que este se dio sin un consentimiento informado. Que, respecto a la falta de información, hay importante jurisprudencia y en la misma línea por parte de la Corte Suprema de Justicia, fallos que datan del año 2008 y hasta el 2020, donde cada vez se ha venido ampliando y reiterando en debida forma, que la suscripción del formulario de afiliación por parte de afiliado por sí solo no es prueba de que se realizó una debida asesoría, que es posible declarar la ineficacia estando o no consolidado un derecho, así como estando o no en transición y que la carga de la prueba es de las AFP y en favor del afiliado.

• PARTE DEMANDADA

La apoderada judicial de COLPENSIONES solicita que se absuelva a esa entidad de los cargos formulados en su contra, manifestando que el actor no puede desconocer su traslado de forma voluntaria y sin presión al RAIS, pues no se logra colegir la ausencia de alguno de los requisitos dispuestos en el artículo 1502 del Código Civil para que ese acto fuera válido, 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 en ese régimen y a su vez, la validez del formulario de afiliación que perfeccionó tal voluntad.

Que los actos sobre el traslado de régimen del demandante no corresponden a su representada, pues no tuvo conocimiento al momento de realizarse, simplemente se acató la voluntad del actor de trasladarse de régimen pensional conforme a la normatividad.

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. Que el demandante siempre fue libre de retirarse inicialmente del RPMPD, afiliarse al RAIS y devolverse a COLPENSIONES, con las consecuencias que tenía el traslado y de acuerdo a la normatividad vigente.

Que se opone a que COLPENSIONES sea condenada en costas y agencias en derecho, porque esa entidad no está obligada al traslado de fondo que se reclama, toda vez que existe carencia de ese derecho por no acreditarse los requisitos en la norma.

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 el 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, lo que se debe a la buena administración efectuada por la entidad administradora. Que 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

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado del señor GERMAN ALBERTO DÍAZ del RPMPD al RAIS realizado a través de la A.F.P. PORVENIR S.A.?, de ser procedente, ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?

8. CONSIDERACIONES

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado del señor GERMAN ALBERTO DÍAZ del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., o si por ende procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

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

Conclusión a la que se opone COLPENSIONES por estimar que existió la debida información al momento de llevar a cabo la afiliación inicial al régimen; que no hubo interés por parte de la accionante en verificar la veracidad de lo informado por el funcionario que le suministró los formatos para el cambio de afiliación y que su deseo de traslado obedece a situaciones que no tienen nada que ver con una indebida información. También señaló que la condena en costas es innecesaria al encontrarse esa entidad sujeta a lo normativamente instituido, no haber sido la determinante en el traslado del régimen y porque no proceden los traslados de régimen cuando faltan menos de 10 años para pensionarse.

Por otra parte, PORVENIR S.A. alega que la sentencia se debe revocar pues se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones, deben operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, pues 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 1º del artículo 97 impone a las entidades el deber de suministrar la información necesaria a los usuarios para las operaciones que realicen y que ello implica entender la transparencia como *“una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”*.

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

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

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

acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”.

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

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

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PORVENIR S.A.; pues argumenta la demandante que al suscribir el formulario con el cual se dio el traslado de régimen pensional, no recibió asesoría suficiente sobre los pormenores, beneficios, desventajas y consecuencias, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

Del expediente se puede evidenciar que el actor estuvo inicialmente afiliado al RPMPD desde el 14 de septiembre de 1979, indicando la historia laboral de PORVENIR que según la Oficina de Bonos Pensionales reporta servicios prestados en la CONTRALORÍA MUNICIPAL DE CÚCUTA hasta el 25 de enero de 1989, como independiente de agosto de 1990 a junio de 1991, nuevamente con la Contraloría de junio de 1991 a marzo de 1995 y acorde a historial de cotizaciones de COLPENSIONES, estuvo afiliado al I.S.S. entre junio de 1997 y marzo de 1998 mediante COMCAJA; que desde el 27 de abril de 2001 se trasladó de régimen pensional a través de su afiliación a la A.F.P. HORIZONTE S.A., según formulario de solicitud de vinculación o traslado, encontrándose con afiliación activa en la A.F.P. PORVENIR al momento de presentar la demanda, entidad que se fusionó con HORIZONTE.

Se resalta que en el expediente reposa el formulario de solicitud de vinculación o traslado No. 1263591, del Fondo de Pensiones HORIZONTE, de fecha 27 de abril de 2001, que fue suscrito por el demandante y no obran otras pruebas al plenario sobre

lo acontecido al momento en que el actor se trasladó de régimen pensional, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, el señor GERMAN ALBERTO DÍAZ, no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario por medio del cual se trasladó de régimen pensional, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Como se explicó, no obra prueba alguna que dé cuenta si PORVENIR S.A. (HORIZONTE en ese momento), brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para abril de 2001 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía el referido con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo anterior, en su momento PORVENIR S.A, no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, pero sobre el momento del traslado solo reposa en el plenario el formato de vinculación suscrito, que se corresponde con un modelo pre-impreso, del que no se infiere con certeza que fuera estudiada la situación pensional particular de la actora y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a GERMAN ALBERTO DÍAZ, donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

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

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

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

las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada.

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta 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 que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el año 2.001, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral, donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: *«...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...»*.

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

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

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

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

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

*deben reintegrar **los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.***”

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

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la demandada 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 adocinado 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., es claro para esta Sala de Decisión a partir de lo expuesto, que la ineficacia del traslado genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y estas deben ser cubiertas por el receptor de las mismas en el momento que duró la afiliación.

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

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

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

De lo anterior se desprende, que por los efectos *ex tunc* de la declaratoria de ineficacia, la AFP está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Lo anterior, además, permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar al actor desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 2.001 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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y ejercieron su actividad procesal contra las mismas, por lo que resultaron vencidas en este asunto y contra ellas procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 14 de febrero de 2023; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

9. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 14 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 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

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'David A. J. Correa Steer', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER

MAGISTRADO

ACLARA VOTO

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'José Andrés Serrano Mendoza', written over a horizontal line.

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

MAGISTRADO



República de Colombia

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

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 540013105002 2021
00183 01
PI 20324**

GERMÁN ALBERTO DÍAZ contra COLPENSIONES Y OTRO.

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

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

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

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

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado