



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: 54-001-31-05-001-2022-00055-01 P.T. No. 20.332

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE ZOILA ROSA ÁREVALO HERNÁNDEZ.

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRA.

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

DECISION: “**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha del 6 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Primero 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:	54-001-3105-001-2022-00055-01
RADICADO INTERNO:	20.332
DEMANDANTE:	ZOILA ROSA ARÉVALO HERNÁNDEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., así como del grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 6 de octubre de 2022 que fue proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

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

Como fundamento fáctico de sus pretensiones principales relata:

- Que la señora ZOILA ROSA ARÉVALO HERNÁNDEZ nació el 5 de enero de 1961 y tiene 60 años de edad, exponiendo que en su vida laboral fungió como Personera Municipal de la Playa de Belén de diciembre de 1982 a diciembre de 1983, como asistente en la Cámara de Representantes de agosto de 1986 a agosto de 1989 cotizando al fondo del Congreso de la República, luego estuvo vinculada a la CONTRALORÍA GENERAL entre enero de 1990 y enero de 1993 cotizando a CAJANAL y luego como trabajadora del Municipio de Ocaña en 1993 a 1995 a través de la Caja de Previsión Municipal, a donde también aportó entre septiembre de 1996 a mayo de 1997.

- Que el 10 de julio de 2003 aparece que suscribió formato de vinculación o traslado a AFP PORVENIR para afiliarse al régimen de ahorro individual, encontrándose actualmente laborando para la Fiscalía General de la Nación – Seccional Ocaña.

- Que dicha afiliación no fue inicial o nueva al sistema, pues la actora venía cotizando a diferentes fondos públicos según se evidencia en su historia laboral y por lo tanto ha estado afiliada al sistema desde 1982, sin que al trasladarse al régimen privado se le informara de manera clara, completa y comprensible los pormenores del régimen pensional de ahorro individual con solidaridad, tanto de los

beneficios, como de los perjuicios que conlleva el mismo. Ha reclamado la ineficacia en sede administrativa, pero ha sido negada.

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.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que acepta los hechos de la edad, afiliación al I.S.S. y no le constan los demás por cuanto deben ser demostrados por el interesado, siendo ajenos los hechos alegados, en la medida que no intervino en los actos indicados; se opone a las pretensiones pues la demandante se trasladó de manera voluntaria, libre y espontánea del RPM al RAIS, acto propio que no puede desconocer, el cual tiene plena validez y cualquier vicio debe demostrarse en el proceso, pues la declaración de voluntad proviene de una persona legalmente capaz y debe demostrar el vicio alegado. Pues en el formulario de afiliación se evidencia la manifestación libre y voluntaria de ingresar y permanecer al régimen de ahorro individual.

- 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.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la Sentencia del 6 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD DE LA EXISTENCIA DE TRASLADO QUE HIZO LA SEÑORA DEMANDANTE SOILA ROSA AREVALO A PORVENIR, A DEVOLVER AL SISTEMA TODOS LOS VALORES RECIBIDOS DE LA DEMANDANTE, COMO BONOS PENSIONALES Y TODOS LOS MOVIMIENTOS INCURRIDOS AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON SUS RENDIMIENTOS QUE HUBIEREN CAUSADO.

SEGUNDO: SE CONDENA A PORVENIR A DEVOLVER AL SISTEMA TODOS LOS VALORES RECIBIDOS DE LA DEMANDANTE ANTERIORMENTE MENCIONADOS CON LOS RENDIMIENTOS QUE HUBIEREN CAUSADO

TERCERO: ORDENAR A COLPENSIONES ACEPTAR EL TRASLADO DEL DEMANDANTE AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA

CUARTO: SE CONDENA A LOS DEMANDADOS ASUMIR TODOS LOS DETERIOROS SUFRIDOS POR LOS DAÑOS SUFRIDOS, ES DECIR LAS MERMAS Y GASTOS INCURRIDOS.

QUINTO: NO PROSPÉRAN LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LAS DEMANDADAS YA QUE LAS MISMAS SE PUEDEN SOLICITAR EN CUALQUIER TIEMPO.

SEXTO: COSTAS A CARGO DE LOS DEMANDADOS.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el debate jurídico se centra en determinar si es procedente declarar la nulidad e ineficacia del traslado que la demandante realizó del RPMPD al RAIS, por intermedio de AFP PORVENIR y así ordene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES los valores recibidos (cotizaciones, bonos pensionales, descuentos, cuotas de administración, frutos e intereses) y que estos sean recibidos con la afiliación al régimen de prima media por COLPENSIONES; a lo que se oponen las demandadas, alegando el derecho a la libre escogencia y que no existió vicio alguno

del consentimiento, el cual debe probarse porque el demandante no puede desconocer sus actos propios materializado a través del formulario de afiliación, así como que la actora está en el límite legal para no poder cambiar de régimen pensional.

- Manifestó que las pruebas documentales permiten verificar que la actora ejerció diferentes cargos en su vida laboral, así como su historia laboral donde evidencia 312.8 semanas contenidas en bonos pensionales y ha cotizado adicionalmente a PORVENIR otras 964.2 semanas para un total de 1277 y que la actora suscribió formulario de afiliación a dicha entidad en julio de 2003, aportando además las certificaciones laborales de otras entidades públicas en donde prestó servicios la actora y los respectivos CETIL expedidos; igualmente se recepcionó el interrogatorio de parte a la actora donde afirmó que estuvo en CAJANAL, cuyos afiliados debían pasar a COLPENSIONES, pero pasó a un fondo privado lo que no demerita que sí estuvo en el régimen de prima media y no obtuvo una debida asesoría antes de decidir el traslado al régimen privado.

- Que la única prueba obrante sobre lo acontecido en julio de 2003 es el formulario de afiliación, ya que la demandada PORVENIR alega que para esa época el único requisito era el formulario y que a la actora se le dio la información que para ese momento exigía la ley sin que existiera un mínimo consagrado para hacerlo efectivo; sin embargo, conforme alegó el Ministerio Público, esto desconoce que para el momento ya estaba vigente el artículo 97 del Decreto 673 de 1993 (Estatuto Financiero) que exigía a los fondos entregar suficiente y adecuada información sobre sus productos a los afiliados para tomar decisiones, lo que ha sido ampliamente reiterado en una larga línea jurisprudencial sobre el asunto materia de estudio, recayendo la carga probatoria en el fondo privado pues desde la vigencia de la Ley 100 de 1993 estaba obligado a entregar la información suficiente, para contrastar las ventajas de ambos régimen para el trabajador y la ausencia de prueba de este acto genera la invalidez e ineficacia del acto de traslado, conforme el artículo 271 de la Ley 100.

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

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

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada PORVENIR:

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

- Que la sentencia se debe revocar en su totalidad, pero específicamente sobre las condenas a restituciones considera que resultan en contravía del artículo 964 del Código Civil y de la Ley 100 de 1993, pues como fondo, por su actividad generó los rendimientos o frutos que se ordenan restituir y se le deben reconocer los gastos

de administración y comisiones ya que son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos.

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

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

3.2 De la parte demandada COLPENSIONES:

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

- Que no resulta procedente la declaratoria de ineficacia y nulidad de traslado porque el realizado por la demandante del RPMPD al RAIS goza de plena validez, ya que el mismo lo hizo ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, establecido en el artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993 y según el artículo 48 de la ley 1328 de 2009 que modifico los literales c y d del artículo 60 de la norma previamente citada.

- Que esa entidad no intervino al momento de dar información al demandante, quien de manera libre y voluntaria decidió que fondo le favorecía para obtener el derecho a la pensión; permaneciendo por más de 18 años afiliada al RAIS y sin que en un solo momento hubiera estado afiliada al I.S.S., sino a cajas de previsión social.

- Que no es posible aceptar el traslado del demandante teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modifica el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues la actora cuenta con la edad requerida para pensionarse, 61 años.

- Mencionó la sentencia C-1024 de 2004 de la Corte Constitucional e hizo referencia a la descapitalización del fondo común del RPMPD y la equidad en el reconocimiento de las pensiones del RAIS, respecto a que las personas que han contribuido a obtener una alta rentabilidad puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. Así mismo, reiteró la excepción de prescripción.

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

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:

• **PARTE DEMANDANTE:** El apoderado de la parte demandante manifiesta que resulta inadecuado señalar que la Señora ZOILA ROSA AREVALO HERNANDEZ, hizo una vinculación inicial o nueva a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA, puesto que tiempo atrás venía efectuando su cotización al sistema de seguridad social en pensiones a través de fondos públicos, llámense Cajas Nacionales o Territoriales de Previsión, inclusive al Fondo de Prestaciones del Congreso de la República.

Que con el traslado y/o afiliación al Régimen de Ahorro Individual su representada se ve seriamente afectada en la protección de su vejez, al pensionarse eventualmente en un sistema evidentemente asimétrico en relación con el de Prima Media. Que en el momento de vincularse y/o trasladarse a PORVENIR SA, no se le informó a su representada de manera clara, completa y comprensible los pormenores del RAIS, tanto de los beneficios, como de los perjuicios que conlleva el mismo, esta circunstancia es constitutiva de ineficacia del procedimiento.

• **PARTE DEMANDADA:**

La apoderada judicial de COLPENSIONES solicita que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia y se absuelva a esa entidad de los cargos formulados en su contra. Manifiesta que no es procedente que se declare la nulidad e ineficacia del régimen pensional, por cuanto la parte demandante realizó su traslado de régimen de manera voluntaria y autónoma desde la libertad que le otorga la ley, cumpliendo con los requisitos legales, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita; sin que en dicho acto jurídico haya intervenido Colpensiones al suministrar información.

Que, de accederse a las pretensiones de la demanda, se estaría actuando en contravía de lo establecido en el artículo 13, literal E de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que, pese a retornar la totalidad de los aportes a COLPENSIONES, se atenta contra la estabilidad del sistema pensional colombiano administrado por esta, pues, esto transgrede la finalidad constitucional del término establecido en la norma citada. Que, si se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado, hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, en observancia del principio del equilibrio financiero del producto interno bruto y en la reserva pensional.

Que la base de la ineficacia del traslado es la falta al deber de información por parte de los fondos privados y esta no quedó demostrada a lo largo del proceso, puesto que consta el formulario de afiliación debidamente firmado por la demandante el cual da cuenta de su deseo de permanencia y pertenencia a ese régimen.

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:

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado de la señora ZOILA ROSA ARÉVALO HERNÁNDEZ del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A.?, y de ser procedente, ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?

8. CONSIDERACIONES:

Procede esta Sala a determinar en primer lugar si el traslado de la señora ZOILA ROSA ARÉVALO HERNÁNDEZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó en julio del año 2003, 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 en su defecto, procede la declaratoria de ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS y el orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES, pues esto implicaría que el demandante se encuentra actualmente afiliado al RPMPD.

Al respecto el juez a quo concluyó, que era procedente declarar la ineficacia del traslado dado que existe un deber de información de las administradoras a sus afiliados al momento de consolidar el mismo, respecto del cual era necesario demostrar que 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 manifestando que se debió resolver en contra del demandante porque el traslado que realizó al RAIS es válido, además que con la decisión se genera una descapitalización del RPMPD y un desequilibrio financiero para el régimen que administra. Por su parte PORVENIR S.A. alegó que la sentencia se debe revocar pues se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones, debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, pues estos son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos, y resulta imposible dejar sin efecto estos servicios, como igualmente sucede con el seguro previsional.

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

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

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

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

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

Al respecto la sentencia SL1452 de 2019 hace un recuento de las etapas de este deber de información, reiterando que surge con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y que sus decisiones previas identifican que inclusive en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, numeral 1° del artículo 97 impone a las entidades el deber de suministrar la información necesaria a los usuarios para las operaciones que realicen y que ello implica entender la transparencia como *“una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos 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 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 a diferentes fondos públicos a donde cotizaban sus empleadores públicos desde 1982, pero que en julio de 2003 suscribió los documentos para realizar el traslado a la AFP PORVENIR, sin suministrarle la ilustración suficiente y las explicaciones necesarias para la toma de esa importante decisión. También informó que adelantó reclamación administrativa ante las demandadas solicitando la nulidad de afiliación al RAIS y obtuvo respuesta negativa.

Del expediente se puede evidenciar que la historia laboral de PORVENIR indica que la actora acumula 312.8 semanas cotizadas a través de entidades públicas: del 4 de agosto de 1986 al 9 de agosto de 1989 en la Cámara de Representantes y del 26 de enero de 1990 al 17 de enero de 1993 en la Contraloría General de la República; adicional a ello, la actora aporta certificados de tiempos de servicios prestados en el Municipio La Playa de Belén entre diciembre 10 de 1982 al 31 de diciembre de 1983, el Certificado de Tiempos Laborados del período en la Cámara de Representantes cotizado a FONDO DEL CONGRESO, el certificado de la CONTRALORÍA GENERAL indicando que hizo los aportes de la actora a través de CAJANAL y otros tiempos de servicios en entidades públicas en períodos intermedios sin indicar a donde realizaron cotizaciones.

Conviene precisar que, se acredita que antes del traslado a PORVENIR S.A., la actora se encontraba en el RPM afiliada a CAJANAL, pero no resulta viable determinar que con la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, sea nuevamente afiliado en dicha entidad.

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

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

Más adelante, mediante a través del Decreto 2013 de 2012 *“Por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones”* se determinó la supresión del ISS, hecho que llevó a COLPENSIONES a fungir como administrador del RPM, entre tanto, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, que fue creada por el artículo 156 de la misma Ley 1151 de 2007, le fue delegado el reconocimiento de derechos pensionales, a cargo de administradoras del RPM respecto de las cuales se hubiese decretado o se decreta su liquidación, que ya se hubiesen causados hasta la cesación de actividades como administradores, según lo detalla el Decreto 169 de 2008 *“Por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, y se armoniza el procedimiento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social”*; de manera que, la legitimación por pasiva solo podría dirigirse respecto de la única administradora del régimen de prima media autorizada actualmente para este efecto.

Se resalta que aparte del formulario de afiliación No. 01887225 del 10 de julio de 2003 de PORVENIR S.A., no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento del traslado de régimen pensional, siendo necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, la señora ZOILA ROSA ARÉVALO HERNÁNDEZ no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de una ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su

traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PORVENIR S.A brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para julio de 2003 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento PORVENIR S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, y no aportó prueba alguna que lo confirmara, ya que con las aportadas al proceso no se infiere con certeza que la situación pensional particular de la actora haya sido estudiada y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a ZOILA ROSA ARÉVALO HERNÁNDEZ 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, a que para la fecha del ultimo traslado al RAIS ya estaba en vigencia la Ley 1328 de 2009, así como el Decreto 2241 de 2010, y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales del recurso de apelación de ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

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

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

Al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PORVENIR S.A., deberá devolver completamente todas las

prestaciones que recibieron del afiliado, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones.

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

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

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

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones **la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta **declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).**”*

Con todo, se concluye sin mayor elucubración que, a la AFP demanda, le asiste la obligatoriedad de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que, desde su creación, fue ineficaz, por lo cual, indistinto de lo afirmado por la apoderada de PORVENIR S.A., referente a que los descuentos se hicieron con fundamento jurídico, ya que es claro para esta Sala de Decisión, a partir de lo expuesto, que la ineficacia del traslado, genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y estas deben ser cubiertas por el receptor de las mismas en el momento que duró la afiliación.

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

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

De lo anterior se desprende, que es la AFP quien, al predeterminar la ineficacia, está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que 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 2003 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 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 Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 6 de octubre de 2022; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 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 del 6 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

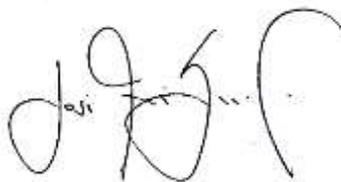
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

DAVID A.J. CORREA STEER
MAGISTRADO
ACLARA VOTO



República de Colombia

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

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 540013105001
2022 00055 01
PI 20332**

ZOILA ROSA ARÉVALO HERNÁNDEZ contra
COLPENSIONES Y OTRO.

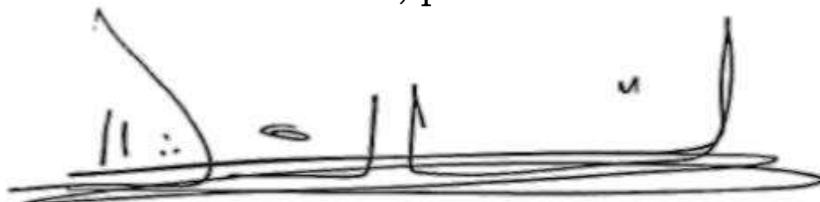
Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala, por las razones que a continuación explicaré:

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 'D. A. J. C. S.', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado