REPUBLICA DE COLOMBIA

Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

E D I C T O

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

H A C E S A B E R:

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

RADICACIÓN: 54-001-31-05-002-2021-00468-01 P.T. No. 20.350

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE JESUS MARÍA VERGEL PEÑARANDA.

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRAS.

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

DECISION: **"PRIMERO: Confirmar** la sentencia de fecha 24 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: Condena en costas por la segunda instancia** a favor del demandante; se fijan como agencias en derecho 1 SMMLV, de conformidad con el numeral 1. ° del artículo 5. ° del Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 05 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, lo que corresponde a UN MILLON CIENTO SESENTA MIL PESOS MCTE ($1.160.000), a cargo de cada una de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR. **Tercero:** Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen."

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy 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:	54-001-31-05-002-2021-00468-01
RADICADO INTERNO:	20.350
DEMANDANTE:	JESUS MARIA VERGEL PEÑARANDA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN 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 SA, así como el grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 24 de febrero de 2.023 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 JESUS MARIA VERGEL PEÑARANDA interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PORVENIR SA, solicitando que se declare la ineficacia del traslado del RPMPD hacía el RAIS y que siempre ha estado válidamente afiliado a la Administradora Colombiana de Pensiones. Como consecuencia, solicita que se condene a PORVENIR a devolver al RPMPD todos los valores que hubiese recibido por motivo de su afiliación y a COLPENSIONES, a validarlos e incorporarlos a su historia laboral.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que fue trasladado del RPMPD al RAIS el 01 de mayo de 1999, al suscribir contrato, pero se omitió la obligación del buen consejo al no brindársele una información clara y completa de los beneficios, contras y/o consecuencias del traslado.

- Que el 10 de noviembre de 2021 solicitó a COLPENSIONES la aceptación del traslado y el 17 de noviembre del mismo año recibió respuesta negativa. Que el 12 de noviembre de 2021 solicitó al RAIS información sobre su pensión y la aceptación del posible traslado.

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

- Que no le constan los hechos. Que la labor de asesoría se expresa mediante el diligenciamiento y firma del formulario que da fe de que el traslado fue libre y espontaneo, y que el demandante recibió la información pertinente; además

todas las AFP que conforman el RAIS, informaron a sus afiliados de las posibilidades de traslado de régimen y el actor no hizo uso de ese derecho.

- Que se opone a las pretensiones porque no existe vicio que genere la nulidad o ineficacia del traslado y acceder a las suplicas de la demanda sería como que el demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial. Que en todo caso debe valorarse el efecto de la nulidad para las restituciones mutuas y la equivalencia entre lo ahorrado y el aporte legal correspondiente.

- Que tan consiente y valida fue la decisión del demandante que el art. 3 del Decreto 1161 de 1994 le ofrecía la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a su elección y no lo hizo. Que, al momento de realizarse la afiliación o traslado a esa AFP, no existía disposición en la ley 100 de 1993 que regulara expresamente la forma en que se debía dar asesoría para el cambio de régimen, asunto que vino a ser regulado con la expedición de la Ley 1328/2009 en su artículo 48.

- Que el demandante después de muchos años demanda la nulidad de su traslado, cuando durante ese lapso, ya existía información decantada y accesible al público en general acerca de las diferencias e implicaciones de los regímenes pensionales de la Ley 100 de 1993, y dejó pasar todas las oportunidades que las disposiciones legales le ofrecían para hacer válidamente un nuevo traslado de régimen y además, se encuentra incurso en la prohibición legal del art. 2 de la ley 797/2003, pues está a menos de 10 años de la edad de pensión y no acredita que le esté permitido trasladarse de régimen en cualquier tiempo según la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, lo que evidencia conformismo o desidia sobre el asunto, no puede ahora alegar su propia torpeza.

- Que, de acuerdo con la historia laboral, el demandante es abogado y está vinculado a la academia en asuntos de derecho, por lo que posee capacidad y discernimiento para entender las consecuencias del traslado y además los traslados entre el RAIS evidencian convalidación y conocimiento por ser actos de relacionamiento que subsanan cualquier falencia y hacen que el traslado sea eficaz, de acuerdo las sentencias SL 3752 de 2020 y SL 1061 de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, MP Ana María Muñoz Segura. 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 es cierto que el actor solicitó ante esa administradora la aceptación del traslado, lo cual fue negado; respecto a los demás hechos manifestó que no le constan. Solicitó ser absuelta y expresó rechazo a las pretensiones de la demanda, argumentando que al demandante no le asiste el derecho reclamado ya según el acervo probatorio, a través de formulario de afiliación válido se trasladó de forma voluntaria y sin presión al RAIS, administrado por PORVENIR SA, en donde se ha mantenido, y que actualmente se encuentra incurso en lo establecido por el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y el literal e) modificado por la Ley 797 de 2003, por estar a menos de 10 años para pensionarse.

- Resaltó que esa entidad no intervino al momento de brindar información al demandante, simplemente acató su voluntad 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. Según la Corte, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

- Que en el evento de que se considere que existió las causales para la ineficacia o nulidad del traslado, solicita que se revise el estado actual del afiliado y si

se encuentra en condición de pensionado, toda vez que, ya supero la edad establecida para obtener la pensión de jubilación, puesto que no se puede retrotraer el estado mismo de las cosas por haber un hecho consumado.

- 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.

Mediante auto dictado en audiencia del 19 de octubre de 2022, se ordenó integrar al litisconsorcio necesario por pasiva a la AFP PROTECCION, entidad que al contestar la demanda a través de apoderado judicial se opuso a las pretensiones del actor, manifestando:

- Que el demandante se trasladó voluntariamente de régimen pensional, afiliándose a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN SA, el 17 de julio de 1995, a través de formulario de vinculación No. 122462, lo cual estuvo precedido de información sobre todo lo atinente a la regulación que en materia pensional expide el Gobierno Nacional. Posteriormente, para septiembre de 1998, el actor suscribió nuevamente formulario de vinculación, pero lo hizo con la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN SA, entidad que el 26 de marzo de 1999 trasladó a la AFP PORVENIR SA, la totalidad de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual con sus correspondientes rendimientos.

- Que no se evidencia que exista ningún tipo de vicio de consentimiento que invalide la afiliación del demandante y que por ende devengue la nulidad de la vinculación. Que, los formularios de solicitud de vinculación se encuentran revestidos de legalidad por cuanto el actor los diligenció de manera libre y voluntaria, tal y como lo señala el Decreto 692 de 1994, ratificando su decisión al suscribir en dos oportunidades dichos formularios con el RAIS.

- Que el actor cuenta con 60 años, por lo que no sería posible efectuar el traslado de régimen normal y como para el 1° de abril de 1994 solo contaba con 33 años y no acredita 750 semanas de cotización al Sistema de Seguridad Social, no se encuentra cobijado bajo el régimen de transición.

- Propuso como excepciones de mérito: declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP; buena fe por parte de PROTECCIÓN SA; inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN SA; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; prescripción y la genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., contra la Sentencia del 24 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 JESUS MARÍA VERGEL PEÑARANDA a la Administradora del Fondo de Pensiones DAVIVIR SA, hoy PROTECCIÓN SA, suscrita el día 17 de julio del año 1995, por los motivos expuestos y en consecuencia declarar que para todos los efectos*

legales el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no surte efectos.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN SA y PORVENIR SA, a devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todos los valores que hubieran recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES. Asimismo, asumir con su patrimonio los deterioros surtidos por el bien administrado en caso de que se hubieren causado, esto es las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez por los gastos de administración y demás conceptos del artículo 20 y 60 de la Ley 100 del 93.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana COLPENSIONES que proceda a aceptar el traslado del demandante JESUS MARÍA VERGEL PEÑARANDA del Régimen Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

CUARTO: CONDENAR en costas a los demandados, fijando como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV en contra de cada uno de los demandados y en favor del demandante.

QUINTO: REMITIR el presente expediente a la oficina judicial para que surta el grado jurisdiccional de consulta."

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 se afilió al RPM desde el mes de febrero de 1970, que se trasladó al RAIS a través del fondo de pensiones DAVIVIR, hoy PROTECCION el 17 de julio de 1.995 y que dentro de este régimen hizo traslado entre fondos de pensiones, entre ellos a la AFP PORVENIR SA en el mes de mayo de 1999, en donde se encuentra afiliado actualmente. Que se debe establecer si al 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, es ineficaz, inexistente o nulo.

- 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. Recordó los artículos 271 y 272 ibídem, en los que se establecen que la consecuencia de atentar contra el derecho de afiliación de forma libre y voluntaria, es dejarla sin efecto y que podrá realizarse nuevamente. Así mismo, 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 SL1688, SL1689 y SL3464 del 2019, proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

- Sostuvo que se observa a folio 14 del archivo 29 del expediente digitalizado, el formulario de afiliación del actor a la AFP DAVIVIR SA, hoy PROTECCION SA, suscrito el 17 de junio de 1995, el cual aceptan las partes fue firmado por el demandante y en el que se dejó plasmado que su traslado al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones; lo que no se encuentra debidamente acreditado con el acervo probatorio allegado, toda vez que la información que debe ser suministrada al posible afiliado no debe ser una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación. Que en virtud de la carga de la prueba en cabeza de PROTECCIÓN SA, esa entidad no aportó ningún elemento probatorio con la intención de acreditar que suministró al demandante la información necesaria y relevante que llevaba consigo la migración del régimen pensional, bajo postulados claros y objetivos, ya que se limitó a acercar documentos sobre su representación, sin demostrar que suministró al demandante la información correspondiente

sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado entre regímenes pensionales, lo cual tampoco se sustrae del interrogatorio de parte del actor, quien reiteró que al momento de trasladarse solo se le informó una supuesta ventaja de trasladarse el RAIS pero nunca se le informaron las desventajas de dicho traslado.

- 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.

- Indicó que la actuación viciada del traslado del RPMPD al RAIS, no se convalida con los traslados entre administradoras de este último régimen, pues esto no implica la ratificación del cambio entre regímenes que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos pensionales, como lo ha advertido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia radicado 31989 del 09 de septiembre de 2.008.

- Que, por lo anterior, es del caso declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante y se despachan de manera desfavorable las excepciones propuestas por las demandadas; que la excepción de prescripción 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. Igualmente advierte que las administradoras deben participar de la devolución de todos los valores que recibieron con motivo de la afiliación del actor, con sus frutos e intereses, y por el incumplimiento del deber de información, a pesar de no haber participado de la afiliación inicial, deben responder con cargo a su propio patrimonio, de las mermas sufrida en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada COLPENSIONES:

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

- Que no es posible aceptar el traslado al demandante por lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Que la declaratoria de nulidad no resulta procedente, teniendo en cuenta que el traslado efectuado por el demandante al RAIS goza de plena validez, ya que se realizó ejerciendo el derecho a la libre elección de régimen establecido en el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y según el artículo 48 de la Ley 1328 del 2009.

- Que COLPENSIONES no intervino al momento de brindar información al demandante, quien de manera reiterativa, libre y voluntaria tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión, ya que en ese momento tenía otras expectativas.

- Que el principal inconformismo radica en que se considera la ineficacia pretendida, aun cuando el deseo de traslado del demandante obedece a situaciones que no tienen nada que ver con una información insuficiente, pues se direcciona a recibir un mejor monto pensional, argumento que no es válido porque cada uno de los regímenes tienen normativas y cálculos diferentes.

3.2 De la demandada PORVENIR:

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

- Que reitera la oposición a la pretensión de ineficacia y solicita que se revoquen las condenas contra esa entidad porque resultan en contravía del artículo 964 del Código Civil y de la Ley 100 de 1993, pues el fondo, por su actividad generó los rendimientos que se ordenan restituir, por lo que se deben reconocer los gastos de administración y comisiones, ya que se utilizan para cubrir los costos en la producción de frutos y son la retribución por los servicios prestados que no se pueden dejar sin efecto, lo que igualmente sucede con el seguro previsional, máxime cuando las aseguradoras son terceros ajenos al proceso.

- Que la Administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en ese mismo periodo y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa, por lo que de acuerdo al artículo 1746 del Código Civil, 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 en grado jurisdiccional de consulta, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del CPTSS, 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 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 valido, 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, 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 JESUS MARIA VERGEL PEÑARANDA del RPMPD al RAIS, realizado a través de la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN SA?, de ser procedente, ¿si esto a su vez deja sin efecto las subsiguientes afiliaciones que el actor hizo dentro del RAIS a administradoras de fondos de pensiones? y ¿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 JESUS MARIA VERGEL PEÑARANDA 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 DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN SA, o si por su ausencia, procede la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el juez a quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia, dado que desde la creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones, estas tenían el deber de suministrar información suficiente a los usuarios 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 indica 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 a PORVENIR y a PROTECCION, devolver al RPMPD, los aportes que el actor hizo al RAIS, con sus frutos e intereses y asumir las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez.

A esta conclusión se opuso COLPENSIONES por estimar que goza de plena validez el traslado que el demandante realizó al RAIS, quien está a menos de 10 años de cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez y que el inconformismo de este no está relacionado a una información suficiente. Por otra parte, PORVENIR SA advierte que se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones ya que

son la retribución por los servicios prestados, los cuales resulta imposible dejar sin efecto, lo que 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 AFP DAVIVIR, hoy PROTECCION SA; pues argumenta el 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 proyecciones de pensiones en ambos regímenes, 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.

El demandante manifestó que se trasladó del RPMPD al RAIS el 01 de mayo de 1999, al suscribir contrato, sin que se le brindara información suficiente sobre las consecuencias del traslado. También indicó que en noviembre de 2021 solicitó a las demandadas la aceptación de su traslado a COLPENSIONES.

De las pruebas documentales allegadas al proceso, entre las que se encuentran historias laborales, certificado SIAFP y formularios de vinculación a Administradoras de Fondos de Pensiones, se puede evidenciar que el actor estuvo inicialmente afiliado al RPMPD mediante el I.S.S. (Hoy COLPENSIONES) y con formulario No. 122462 del 17 de julio de 1995, solicitó cambio de régimen con afiliación a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCION, lo cual se hizo efectivo el 1. ° de agosto de 1995; así mismo, que posteriormente dentro del RAIS realizó varios traslados entre fondos (estuvo vinculado a DAVIVIR, COLMENA, COLPATRIA, ING, HORIZONTE), encontrándose con afiliación activa al momento de presentar la demanda con la AFP PORVENIR.

Lo primero a destacar, es que las AFP COLMENA y DAVIVIR se fusionaron y fueron adquiridas por el GRUPO SANTANDER en 1999 y posteriormente, en 2007, la AFP que había sido conformada fue vendida al GRUPO ING, quien en 2013 se fusionó con AFP PROTECCIÓN[1]; por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva respecto a dicha entidad. También se debe señalar que las administradoras de fondos de pensiones HORIZONTE SA y COLPATRIA SA conforman hoy la AFP PORVENIR S.A.[2], por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva en cuanto a esta entidad.

Se resalta que el traslado de régimen pensional se dio con el diligenciamiento del formulario de solicitud de vinculación a DAVIVIR, hoy PROTECCION SA, de fecha 17 de julio de 1995, 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 JESUS MARIA VERGEL PEÑARANDA, 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 DAVIVIR, hoy ROTECCION SA, brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para julio de 1.995 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.

---

[1] https://www.elcolombiano.com/historico/proteccion_prepara_cambio_de_imagen_tras_la_fusion_con_ing-FDEC_223547

[2] https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1292961
https://www.semana.com/empresas/articulo/fusion-entre-porvenir-horizonte/190254/

De acuerdo con lo anterior, en su momento DAVIVIR, hoy PROTECCION SA, 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 del actor 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 JESUS MARIA VERGEL PEÑARANDA, 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 este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la "*Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional*", que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales 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 PROTECCION SA y en menor medida a las administradoras siguientes, 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 del actor, se ha concluido que DAVIVIR, hoy PROTECCION SA, 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 el demandante en el año 1995, 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 cobija 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, se deben devolver completamente todas las prestaciones recibidas 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. 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 AFP 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, existe la obligatoriedad de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que, desde su creación fue ineficaz, por lo cual, 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 cada 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 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 por los efectos ex tunc de la declaratoria de ineficacia, PROTECCION y PORVENIR, están llamadas 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 1.995 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 el actor pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Respecto a los actos de relacionamiento, teniendo en cuenta que en el presente caso la actora dentro del RAIS realizó varios traslados a diferentes fondos de pensiones, es importante traer a colación lo indicado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 2877 de 2.020 a través de la cual cita el pronunciamiento realizado por esa misma corporación en el rad. 31989 del 09 sep. 2.008, en el que precisó: *"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"*.

En el mismo sentido se pronunció la Sala de Descongestión Laboral, en sentencia SL4131 del 14 de septiembre de 2.021, MP. Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero, en donde se precisó lo siguiente:

> *"Ahora, cabe puntualizar, que en este juicio la voluntad del demandante de cambiarse de régimen, no se ratifica con los cambios que el actor posteriormente hubiese efectuado en el RAIS con diferentes Fondos, ni siquiera si la última AFP Porvenir S.A. le brindó alguna información, dado que lo que produce la ineficacia del traslado es la actuación de la primera AFP Colfondos, que implica que deben «retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido», incluyendo lo referente a cualquier traslado entre Fondos, tal como se expuso en las decisiones CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.*
>
> *Ineficacia que, conforme a la aludida decisión CSJ SL1689-2019, implica que «desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis».*
>
> *Es decir, que la ineficacia envuelve o consiste en estimar que el acto no se celebró y, por consiguiente, no puede producir efectos, en la medida que fue realizado en contravención a los mandatos legales y obviando los requisitos y presupuestos establecidos.*
>
> *En ese orden de ideas, la falta de información no se subsana por los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en el régimen de ahorro individual con solidaridad."*

Al declararse para el presente caso la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, esta Sala acoge la postura adoptada en las sentencias SL 2877 de 2.020 y SL4131 del 14 de septiembre de 2.021, por lo tanto, las cosas deben volver a su estado anterior y no se reconocen los distintos traslados entre fondos de pensiones que el actor realizó al interior del RAIS como actos de relacionamiento.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 24 de febrero de 2023. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho 1 SMMLV de conformidad con el numeral 1. ° del artículo 5. ° del Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, lo que corresponde a UN MILLON CIENTO SESENTA MIL PESOS MCTE ($1.160.000), a cargo de cada demandada y a favor del demandante.

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:

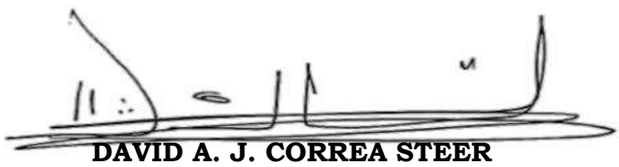
PRIMERO: Confirmar la sentencia de fecha 24 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Condena en costas por la segunda instancia a favor del demandante; se fijan como agencias en derecho 1 SMMLV, de conformidad con el numeral 1. ° del artículo 5. ° del Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 05 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, lo que corresponde a UN MILLON CIENTO SESENTA MIL PESOS MCTE ($1.160.000), a cargo de cada una de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR.

Tercero: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA



DAVID A. J. CORREA STEER
MAGISTRADO
ACLARA VOTO

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA
SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL n.° 540013105002 2021 00468 01
PI 20350

JESÚS MARÍA VERGEL PEÑARANDA contra **COLPENSIONES Y OTRO.**

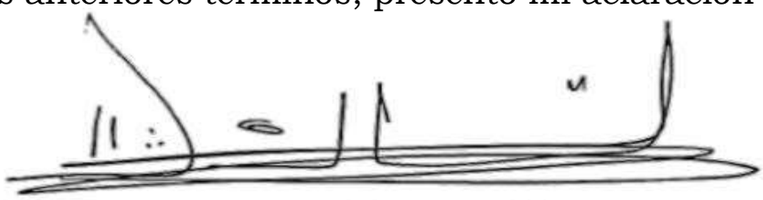
Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala, por las razones que a continuación explicaré:

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.° 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,



DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado