



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 tres (03) de agosto dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-002-2021-00095-01 P.T. No. 20.423

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE SANDRA PATRICIA PÉREZ MORA.

DEMANDADO: COLPENSIONES y OTRA.

FECHA PROVIDENCIA: TRES (03) DE AGOSTO DE 2023.

DECISION: “**PRIMERO: Confirmar** la sentencia de fecha 28 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia. **SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia** a COLPENSIONES; se fijan como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$250.000), a cargo de COLPENSIONES y a favor de la demandante. **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 diez (10) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy catorce (14) de agosto 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

Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintitrés (2.023)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2021-00095-01
RADICADO INTERNO:	20.423
DEMANDANTE:	SANDRA PATRICIA PEREZ MORA
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 28 de marzo 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

La señora SANDRA PATRICIA PEREZ MORA interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PORVENIR SA, solicitando que se declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la afiliación que realizó a la AFP HORIZONTE, la cual generó el cambio del RPMPD al RAIS; así como la invalidez y/o ineficacia de la respuesta negativa proferida por las demandadas sobre el asunto, a quienes pretende se les ordene realizar los trámites a que haya lugar para que ella quede afiliada al RPMPD de manera automática y sin dilaciones, en el término perentorio de un mes. También pide que se ordene a la AFP PORVENIR SA, que, en el término improrrogable de un mes contado a partir de la ejecutoria de la sentencia, proceda a trasladar a COLPENSIONES todos los saldos en dinero, cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que estuvo afiliada al RPMPD a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, desde el 01 de febrero de 1989 hasta el 30 de abril de 1996, fecha en la que sostuvo una charla rápida durante un tiempo corto con uno de los promotores de la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A, quien le manifestó que el ISS se iba a acabar y a liquidar, y que era el momento de afiliarse a esa nueva empresa que le ofrecía las mismas garantías.

- Que la AFP HORIZONTE no la asesoró sobre las características esenciales de los regímenes pensionales ni sobre los riesgos y las consecuencias que acarrearía el

cambio de régimen, tampoco le hizo una proyección del tiempo y monto de capital que debería tener en su cuenta individual para lograr una pensión superior a un salario mínimo.

- Que, al enterarse de la realidad frente a la proyección de su pensión, la cual solamente alcanzará a un salario mínimo, solicitó a través de apoderado a las demandadas, que aceptaran su traslado del RAIS al RPMPD, y también pidió a la AFP PORVENIR, la copia de la primera afiliación para cambio de régimen pensional y otros documentos.

- Que el 17 de febrero de 2021, COLPENSIONES con rad.BZ2021-1809205-0390532, le manifestó que no es posible el traslado de régimen por encontrarse a menos de 10 años para su pensión. Que PORVENIR le dijo, que no se anexan soportes de la asesoría por haberse dado de manera verbal, de lo que se dejó constancia con la firma de la afiliación.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la afiliación de la demandante al RPMPD y a la solicitud que ella realizó ante esa entidad para el traslado de régimen, lo cual fue negado, acogiendo lo dispuesto en el artículo 13 Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Respecto a los demás hechos manifestó que no le constan.

- Solicitó ser absuelta y expresó rechazo a las pretensiones de la demanda, argumentando que a la parte actora no le asiste el derecho reclamado, teniendo en cuenta que, a la fecha, el traslado efectuado al RAIS goza de plena validez, ya que el mismo se realizó en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen establecido en el artículo 13 literal B de la Ley 100/93, además se evidencia la manifestación libre y voluntaria de la demandante de permanecer en dicho régimen y a su vez, la validez del formulario de afiliación que perfeccionó tal voluntad, y no basta la simple afirmación de “no haber recibido una debida información” al momento de realizarse el traslado. Resaltó que esa entidad no intervino al momento de brindar información a la demandante, simplemente acató su voluntad de trasladarse de régimen pensional conforme a la normatividad.

- Indicó que en materia de traslado de régimen pensional el precedente jurisprudencial ha mantenido una posición garantista en favor de los afiliados, que reúne los escenarios de: consentimiento informado, carga de la prueba, interpretación del artículo 1604 del Código Civil, naturaleza del afiliado lego como parte débil, traslado de recursos y prescripción de la acción.

- Que la Corte también ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional, por lo cual, no puede predicar ausencia absoluta de información, cuando la ha recibido acerca del saldo en su cuenta de ahorro individual, de las modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones, y con todo esto, permanece un número de años considerables allí.

- Destacó que reconocer la nulidad o ineficacia del traslado solicitada y trasladar a COLPENSIONES la totalidad de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados, atenta contra la estabilidad del sistema pensional colombiano administrado por esta, pues al permitirsele dicho traslado a la demandante después de vencida la oportunidad legal para ello, transgrede la finalidad constitucional del término establecido en la norma. Según la Corte Constitucional, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

- Señaló que, si la calidad del afiliado a la AFP PORVENIR SA se encuentra en validez y este ya posee la condición de pensionado, no puede prosperar la ineficacia de la afiliación, debido a que no se puede retrotraer el estado mismo de las cosas por haber un hecho consumado, pues esto implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía.

- Propuso las excepciones de mérito: Buena fe; inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir; cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación; legalidad de los actos administrativos; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen; inoponibilidad por ser tercero de buena fe; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; imposibilidad de condena en costas; prescripción; imposibilidad de volver al estado mismo de las cosas por haber un hecho consumado y la genérica.

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

- Que los hechos planteados en la demanda no son ciertos o no le constan. Que se opone a las pretensiones de la parte actora y solicita ser absuelta. Expresó que brindó información oportuna, clara, precisa, veraz y suficiente a la demandante, de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y le explicó el funcionamiento, características, requisitos y condiciones del RAIS, también las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo ese régimen de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma ley, y en señal inequívoca de tal hecho, la parte actora suscribió el formulario de afiliación N°548904, efectuándose el traslado de régimen pensional el 30 de abril de 1996 con la AFP HORIZONTE SA, producto de una decisión libre y espontánea; que ese documento se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT.

- Que para la época del traslado la parte actora contaba con más de 31 años y era capaz de entender las implicaciones de su decisión, por lo que, al declararse nulidad, se le desconocería el principio de la autonomía de la voluntad privada y, en el hipotético caso de proceder, este se encontraría ratificado por su actuar durante más de 26 años. Que siempre le garantizó el derecho de retracto a la parte demandante y que para el año 1996, no existía la obligación de entregar cálculos o proyecciones acerca del futuro pensional. Que la parte demandante no es beneficiaria del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y solicitó el traslado cuando ya habían vencido los términos legales previstos para el efecto.

- Que, no es factible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado, como quiera que no se probó que faltaba uno de los elementos esenciales de este acto jurídico, ni tampoco procede la nulidad absoluta del cambio de régimen, pues no se acreditó que para ese momento el afiliado fuera incapaz absoluto, por lo que de haberse presentado alguna irregularidad en el cambio de régimen, necesariamente se trataría de las catalogadas por la Ley como nulidades relativas, las cuáles pueden ser ratificadas de manera expresa o tácita y están sometidas al fenómeno prescriptivo.

- Que no se puede condenar a esa AFP a la devolución de la prima de seguro provisional porque la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza. Que tampoco procede la condena por gastos de administración pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso

2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, dichos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez, por ello están sujetos a la prescripción y son la contraprestación de la gestión que adelantó la AFP para incrementar el capital existente en la cuenta individual del afiliado. Resaltó que la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto con radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020, indicó en forma expresa que, en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado. Que, al ordenar el traslado de los gastos de administración a COLPENSIONES, se configura un enriquecimiento ilícito a favor de esta demandada, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución y de ordenarla, debe condenarse igualmente a la parte demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, ya que así lo tiene decantado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

- Que, si se aplican los lineamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que el traslado únicamente es válido si aparece acreditado el consentimiento informado del afiliado, no puede obviarse que, según lo dispuesto en la ley, únicamente podría considerarse que su voluntad eventualmente pudo estar viciada por error de derecho, el cual en forma expresa el artículo 1509 del C.C., no vicia el consentimiento.

- Propuso como excepciones de mérito: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES contra la sentencia del 28 de marzo de 2023 que fue 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 de la señora SANDRA PATRICIA PEREZ MORA a la Administradora del Fondo de Pensiones PORVENIR S.A, suscrita el día 30 de abril del año 1996, por los motivos expuestos y, en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no surtió efectos.

Segundo: ORDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, a devolver al sistema, esto es al Régimen de Prima Media, todos los valores que hubieran recibido con motivo a la afiliación de la 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, la merma sufrida en el capital destinado a la afiliación de la pensión de vejez por los gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 20 y 60 de la Ley 100 de 1.993, en que hubiere incurrido.

Tercero: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, a que una vez la Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR SA de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a aceptar el traslado de la demandante del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Cuarto: CONDENAR en costas a cada una de las entidades demandadas, fijar como agencias en derecho en favor de la demandante la suma de un (1) salario mínimo, en contra de cada una de las demandadas y en favor de la 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 la demandante se afilió inicialmente al RPMPD en el mes de febrero de 1989 y que se trasladó al RAIS a través del fondo de pensiones HORIZONTE, en abril de 1.996, régimen en donde se encuentra afiliada. Que se debe establecer si a la demandante le asiste el derecho de retorno 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 en el archivo 09 del expediente digitalizado, el formulario de vinculación de la parte actora a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR SA, de fecha 30 de abril de 1996, el cual aceptan las partes fue suscrito por la 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, 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 PORVENIR SA, esa entidad no aportó ningún elemento probatorio con la intención de acreditar que suministró a la demandante la información necesaria sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado de régimen pensional, pues únicamente allegó pruebas documentales que dan cuenta de los aportes efectuados por la parte actora, el movimiento individual de los mismos y la representación de esta entidad; que esa carga probatoria no se puede sustraer del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, pues si bien manifestó que se trasladó voluntariamente al RAIS, también expresó que no le dieron la asesoría y no se tomaron el tiempo para explicarle o poder hacer preguntas sobre el traslado de régimen pensional, ya que solo se le informó sobre el diligenciamiento de los datos que contiene el formulario de afiliación.

- Que ante la falta del cumplimiento del deber de información se declara la ineficacia del traslado al RAIS de la demandante. 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.

- Señaló que la actuación viciada del traslado del RPMPD no es objeto de la figura de la prescripción, conforme a la sentencia SL1689 del año 2019 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Que teniendo en cuenta que la anterior decisión conlleva el retorno de la demandante al RPMPD en su estado original, se emitirán las ordenes correspondientes a la AFP para la devolución de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, con sus frutos e intereses, y por el incumplimiento del deber de información que le asistía, debe responder con cargo a su propio patrimonio por las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, siguiendo las reglas del artículo 1746 y 963 del Código Civil, inclusive de manera indexada conforme a la sentencia SL5686 de 2.021.

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 de la 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 la 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 a la parte actora, como ella misma manifestó en el interrogatorio. Que la demandante 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 traslado se direcciona a recibir un mejor monto pensional, argumento que no es válido porque cada uno de los regímenes tienen normativas y cálculos diferentes. Respecto a la condena en costas manifiesta que es innecesaria porque COLPENSIONES se encontraba sujeta a lo normativamente instituido, no fue determinante en el traslado de régimen y este no procede cuando faltan menos de 10 años para pensionarse.

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, se presentaron los alegatos de conclusión que se resumen de la siguiente manera:

• Demandada COLPENSIONES:

La apoderada judicial de la demandada COLPENSIONES solicita que se absuelva a su representada de las pretensiones de la demanda, argumentando que esa administradora no tuvo ninguna intervención al momento de brindar información al demandante, quien de manera libre y voluntaria tuvo la facultad para decidir qué

fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión, ya que en este momento tenía otras expectativas.

Destacó que reconocer la nulidad o ineficacia del traslado solicitada y trasladar la totalidad de los aportes a COLPENSIONES atenta de igual forma 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 (esto es, los 10 años), transgrede la finalidad constitucional del término establecido en la norma.

Que no existen fundamentos de hecho o de derecho suficientes que permitan declarar la ineficacia o nulidad de traslado pretendida por el demandante en el libelo de la demanda y no basta la simple afirmación de “no haber recibido una debida información” al momento de realizarse el traslado, por lo que se opone al pago de las costas a favor de la demandante.

• Demandada PORVENIR:

El apoderado judicial de la demandada PORVENIR solicita que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia y se absuelva a su representada, argumentando que no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

Que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que, la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Que como quiera que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del Código Civil, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado el descuento del aporte. Aunado a que a la parte actora también le asistía el deber de estar informada y de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibilitaran la toma de decisiones.

Que PORVENIR SA siempre le garantizó a la parte demandante la posibilidad de retornar al RPM y además, dispuso los canales de comunicación suficientes para permitirle a la actora conocer las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, referentes al funcionamiento, características y requisitos del RAIS, poniendo de presente las implicaciones de su traslado, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

Que su representada cumplió con la carga procesal impuesta, en la medida que aportó los documentos que de acuerdo con las normas existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico del traslado debía mantener en sus archivos; además, pese a que la parte demandante jamás estuvo en imposibilidad absoluta de retornar al RPMPD, permaneció en el RAIS, lo que al menos debe valorarse como un indicio serio de querer permanecer en el.

Que para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación con la demandante, únicamente se debía dejar constancia de la libre escogencia a través del formulario de vinculación y no era necesario registrar en documentos o a través de testigos o cualquier otro medio de prueba que, se suministró la información necesaria y objetiva acerca de las condiciones, y requisitos para acceder a la pensión de vejez a los futuros afiliados. en tanto que esa entidad actuó amparada por lo señalado en la Ley 100 de 1993, los decretos reglamentarios y las disposiciones del órgano de vigilancia.

Que en el caso hipotético de considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, no puede olvidarse que, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes. Que en virtud del artículo 1746, la regla general de la nulidad judicialmente pronunciada es que da a las partes el derecho a ser restituidas las cosas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo y al no haberse probado la mala fe de PORVENIR en la celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenarse a restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es COLPENSIONES, los rendimientos financieros y tampoco se debe ordenar la devolución de las primas de seguros por cuanto el afiliado siempre estuvo protegido en las contingencias que ellas amparan, por lo que solo se deberán trasladar los rendimientos equivalentes del RISS (tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las reservas pensionales de vejez, invalidez y sobrevivencias administradas por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES); de lo contrario solicita que se autorice descontar las restituciones mutuas a que haya lugar, para que a PORVENIR SA no se le condene a devolver los gastos de administración y de seguros. Que no se debe ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que garantiza el RPMPD.

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 de la señora SANDRA PATRICIA PEREZ MORA del RPMPD al RAIS, realizado a través de la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR SA?, de ser procedente, ¿si esto a su vez implica la devolución de aportes y demás conceptos ordenados?

8. CONSIDERACIONES

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora SANDRA PATRICIA PEREZ MORA 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 HORIZONTE, hoy PORVENIR 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 a la demandante, consideró que el traslado entre regímenes no surtió efecto, por lo que ordenó a PORVENIR devolver al RPMPD, los aportes que la demandante 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 la demandante realizó al RAIS, quien está a menos de 10 años de cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez y ahora busca recibir un mejor monto pensional, argumento que no es válido. Que la condena en costas es innecesaria porque esa entidad se encontraba sujeta a lo normativamente instituido y no fue determinante en el traslado de régimen.

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 AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR SA; pues argumenta la demandante que al suscribir el formulario con el cual se dio el traslado de régimen pensional, no recibió asesoría suficiente sobre los pormenores, beneficios, desventajas y 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.

La demandante manifestó que estuvo afiliada al RPMPD a través del ISS, desde el 01 de febrero de 1989 hasta el 30 de abril de 1996, y que posteriormente se trasladó al RAIS, después de sostener una charla rápida durante un tiempo corto con un promotor de la AFP HORIZONTE, quien le manifestó que el ISS se iba a acabar por lo que era momento de afiliarse a esa nueva entidad, pero no la asesoró al respecto, razón por la cual al enterarse sobre la realidad de su proyección pensional, solicitó a las demandadas el traslado de régimen, frente a lo que obtuvo respuesta negativa.

De las pruebas documentales allegadas al proceso, entre las que se encuentran las historias laborales y el formulario de vinculación, se puede evidenciar que la demandante estuvo inicialmente afiliada al RPMPD mediante el I.S.S. (Hoy COLPENSIONES) y con solicitud de vinculación N° 548904 del 30 de abril de 1.996, solicitó cambio de régimen con afiliación a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR, lo cual se hizo efectivo en mayo de 1.996, encontrándose con afiliación activa en esa AFP al momento de presentar la demanda.

Lo primero a destacar es, que la administradora de fondos de pensiones HORIZONTE SA fue absorbida por la AFP PORVENIR SA¹, 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 HORIZONTE, hoy PORVENIR SA, de fecha 30 de abril de 1.996, que fue suscrito por la demandante y no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido en ese momento; es necesario reiterar que la carga

¹ <https://www.semana.com/empresas/articulo/fusion-entre-porvenir-horizonte/190254/>

de la prueba no recae para estos asuntos en la demandante, es decir, la señora SANDRA PATRICIA PEREZ MORA, 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 HORIZONTE, hoy PORVENIR SA, brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para abril de 1.996 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 anterior, en su momento HORIZONTE, hoy PORVENIR 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 de la demandante 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 SANDRA PATRICIA PEREZ MORA, donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

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

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

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta de la demandante, se ha concluido que HORIZONTE, hoy PORVENIR 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 la demandante en el año 1.996, 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 de la afiliada, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de COLPENSIONES. Los cuáles están en custodia de la Administradora y no de 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 adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones **la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con***

prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Con todo, se concluye sin mayor elucubración que, 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 argumentos sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocctrinado 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, PORVENIR está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Lo anterior, además, permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar a la demandante 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 1.996 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 demandante pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 28 de marzo de 2023. Se condenará en costas de segunda instancia a la demandada COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$250.000), a cargo de COLPENSIONES y a favor de la 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 28 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a COLPENSIONES; se fijan como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$250.000), a cargo de COLPENSIONES y a favor de la demandante.

Tercero: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belen Quintero G.

**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA**



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



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**



República de Colombia

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

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 540013105002
20210009501
PI 20423**

SANDRA PATRICIA PÉREZ MORA contra **COLPENSIONES
Y OTRO.**

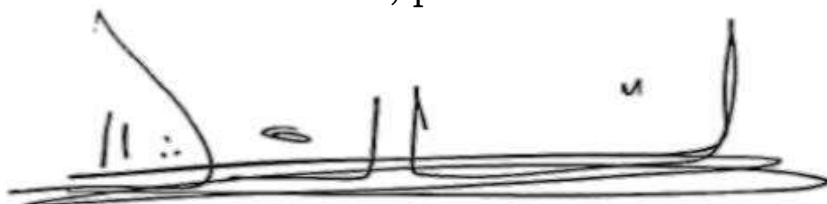
Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala, por las razones que a continuación explicaré:

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, en atención a 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, bajo la observancia de lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en

las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado