



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: 54-001-31-05-003-2021-00391-01 P.T. No. 20.463

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE SANDRA INÉS PRADA GONZÁLEZ.

DEMANDADO: COLPENSIONES y OTRAS.

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

DECISION: “**PRIMERO: Confirmar** la sentencia de fecha 07 de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado Tercero 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 de la demandante; se fijan como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$250.000), 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 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:	54-001-31-05-003-2021-00391-01
RADICADO INTERNO:	20.463
DEMANDANTE:	SANDRA INES PRADA GONZALEZ
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 07 de diciembre de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Tercero 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 INES PRADA GONZALEZ interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, PROTECCION SA y PORVENIR SA, solicitando que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó el 01 de mayo de 1.998 del RPMPD al RAIS, administrado por la AFP ING, y de sus posteriores traslados entre administradoras. Así mismo, solicita que se ordene a las demandadas, realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen. También pide que se ordene a PROTECCION y PORVENIR, trasladar al RPMPD la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual y a COLPENSIONES que la reciba sin solución de continuidad y cuando le sean entregados sus aportes, corrija y actualice su historia laboral.

Como pretensiones subsidiarias solicitó que se declare que las AFP demandadas deben reparar los perjuicios ocasionados por la indebida y nula información que suministraron al momento del traslado efectuado y como indemnización por estos, se les condene a reconocerle la pensión de vejez en las mismas condiciones y circunstancias a que tenía derecho si se hubiese pensionado en el RPMPD, o a reconocer la diferencia entre el valor de la pensión por vejez que obtendría en el RAIS y la que le correspondería en el RPMPD.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que nació el 14 de marzo de 1.966, cumpliendo la edad mínima requerida dentro del RPMPD para acceder a la pensión de vejez, en el año 2.023. Que se afilió al RPMPD el 01 de marzo de 1.991, donde cotizó por medio de diversos empleadores.

- Que el 01 de mayo de 1.998 se trasladó al RAIS mediante afiliación a ING, hoy PROTECCIÓN y posteriormente realizó traslados entre fondos dentro de ese régimen pensional, pasó de ING a HORIZONTE, hoy PORVENIR y posteriormente regresó a PROTECCION, su fondo final; lo que no estuvo precedido de la suficiente ilustración. Que en el RAIS ha cotizado más de 1.006 semanas y a la fecha de presentación de la demanda había cotizado al Sistema General de Pensiones con los dos regímenes, más de 1.236 semanas.

- Que en el mes de septiembre de 2.021 elevó derechos de petición ante las demandadas, solicitando a los fondos privados la nulidad del traslado de régimen, información de la afiliación y simulación de la proyección pensional en ambos regímenes; que ante COLPENSIONES solicitó el traslado de régimen y que procediera a afiliarla sin dilaciones.

La demandada AFP PROTECCION al contestar la demanda a través de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la parte actora y manifestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la demandante, las semanas que ha cotizado en el Sistema General de Pensiones y que en el RAIS se ha afiliado a esa AFP, entidad a la que presentó solicitud de nulidad del traslado de régimen. Que los demás hechos no son ciertos o no le constan.

- Que la demandante se afilió voluntariamente a la AFP ING, hoy PROTECCIÓN SA, al suscribir formulario de vinculación el 09 de marzo de 1998, lo cual estuvo precedido de información sobre todo lo atinente a la regulación que en materia pensional expide el Gobierno Nacional. Que no se evidencia que exista vicio de consentimiento o situación anómala que invalide el traslado de régimen y que por ende devengue la nulidad de la vinculación. Que no se ha probado perjuicio alguno a la demandante que deba ser indemnizado por esa entidad. Resaltó que la demandante surtió varios traslados horizontales dentro del RAIS, situación que demuestra claramente que conoce las características del régimen y las ha aceptado a través del tiempo.

- Que la demandante cuenta con 56 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 28 años y no acredita 750 semanas de cotización al Sistema de Seguridad Social, no se encuentra cobijada bajo el régimen de transición.

- Propuso como excepciones de mérito: buena fe por parte de 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.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al RPMPD y que presentó ante esa entidad el traslado de régimen. Respecto a los demás hechos manifestó que no le constan.

- Que rechaza las pretensiones de la demanda, argumentando 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. 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, por lo que pide no ser condenada en costas ni en intereses moratorios.

- 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 permitírsele 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.

- Propuso las excepciones de mérito: Buena fe; inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir; prescripción; cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; no procede la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante se trate de una persona que ya se encuentre pensionada en el régimen de ahorro individual en cualquiera de sus modalidades y la genérica.

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 de afiliación que da fe de que el traslado fue libre y espontáneo, y que el demandante recibió la información pertinente, sin que la Ley haya previsto un mecanismo diferente a éste para su validez; además todas las AFP que conforman el RAIS, informaron a sus afiliados de las posibilidades de traslado de régimen y la demandante 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 la 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 para la equivalencia entre lo ahorrado en el RAIS y el monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el RPMPD, y de existir diferencia, esta debe ser asumida por el afiliado y no por la AFP.

- Que la demandante realizó múltiples traslados entre fondos del RAIS, estos son llamados actos de relacionamiento, así lo estableció la Corte Suprema de Justicia en la SL 413-2018, Mg. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO; lo que presupone cierto conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios, desventajas y modo de operar, de ahí que su intención sea continuar en él, aun teniendo la posibilidad eventual de retornar a COLPENSIONES. Que los elementos de la responsabilidad civil no se encuentran acreditados y que es

un imposible jurídico que una AFP del RAIS reconozca una pensión con las características propias del RPMPD, por ser excluyentes entre sí.

- Que tan consiente y válida fue la decisión del demandante que el art. 3 del Decreto 1161 de 1994 le ofrecía la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a su elección y no lo hizo. Que, 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 la 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 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 a la sentencia de la SL19447-2017, Radicado No 47125 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, uno de los requisitos de procedencia para declarar ineficaz la afiliación es que la insuficiencia de información impida el acceso al derecho a pensión y en este caso se tiene garantizado, como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas. Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., contra la Sentencia del 07 de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por las entidades demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de SANDRA INES PRADA GONZALEZ a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS ING, hoy PROTECCIÓN SA. En consecuencia, DECLARAR que, para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que conlleva también a dejar sin efecto los traslados horizontales que realizó la demandante dentro del RAIS con posterioridad.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y PROTECCIÓN SA a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones recibidas por la demandante SANDRA INES PRADA GONZALEZ, incluyendo aquellas sumas que percibió por concepto de rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, descuentos por Fondo de Garantía a la Pensión Mínima y seguro previsional, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexadas por el período en que la actora permaneció afiliada a estas entidades.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES que valide la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, en consecuencia, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por PORVENIR SA y PROTECCIÓN SA,

para financiar las prestaciones económicas a las cuales tenga derecho la demandante en este régimen pensional.

QUINTO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas.

SEXTO: CONSULTAR esta providencia a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del CPTSS.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

La jueza de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

- Que, conforme a la historia laboral pensional de la demandante, esta se afilió al RPMPD el 23 de octubre de 1992 y cotizó efectivamente hasta el 31 de enero de 1997 un total de 213,86 semanas. Que de acuerdo a las solicitudes de vinculación allegadas y al historial de vinculaciones, la demandante ha registrado en el Sistema General de Pensiones los siguientes traslados: el 9 de marzo de 1998 desde el ISS a ING, el 23 de marzo del 2000 desde ING a HORIZONTE y el 29 de septiembre del 2008 de HORIZONTE a PROTECCIÓN SA, entidad a la cual se encuentra afiliada actualmente.

- Que en cuanto a la argumentación realizada por el procurador delegado respecto a una afiliación posterior al RPMPD, se observa al revisar la historia laboral de COLPENSIONES, que para los ciclos que van de mayo del 2003 a marzo del 2004 se realizaron cotizaciones erróneas a ese régimen con el empleador Cooperativa de Trabajo Asociado, pero para esas fechas la demandante no estaba afiliada al mismo, por lo que fueron devueltos al RAIS por estar vinculada a PROTECCIÓN, razón por la cual no se dio una afiliación tácita.

- Que de lo anterior se concluye que el traslado de la demandante del RPMPD al RAIS se dio efectivamente el 9 de marzo de 1998, cuando se trasladó del ISS a ING, entidad que tenía la obligación o el deber de información necesaria de conformidad con lo establecido en el numeral primero del artículo 97 del Estatuto financiero y de acuerdo a lo explicado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1688 del 2019, el cual consiste en brindar una información objetiva, comparada y transparente a los afiliados sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así es posible que estos adquieran un juicio claro y objetivo sobre cuál es la mejor opción en el Sistema General de Pensiones para afiliarse y efectuar sus cotizaciones con la expectativa de obtener el reconocimiento de las prestaciones que están contempladas en cada uno, lo que en este caso le corresponde demostrar a la AFP; que la jurisprudencia ha dicho que la simple suscripción del formulario no es prueba suficiente para acreditar la validez del traslado.

- Que, la demandada PROTECCIÓN SA sume las obligaciones de ING Pensiones y Cesantías, por lo que tenía la carga probatoria en este caso. Sin embargo, PROTECCIÓN SA únicamente aportó la historia de la actora y el formulario de afiliación suscrito por ella, lo que no es suficiente para demostrar la validez del traslado y al no verificarse que se cumplió con la obligación del numeral primero del artículo 97 del Estatuto financiero, es procedente la declaratoria de la ineficacia de la afiliación del régimen pensional. Que no se acoge la teoría de los actos de relacionamiento que fue establecida en la sentencia SL3752 del 15 de septiembre del 2020 por la Sala de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, pues es un criterio reiterado y pacífico de la Sala Permanente, que los traslados horizontales que se realicen dentro del RAIS no convalidan la validez del traslado de régimen pensional, como se expresó en la sentencia SL2877 del 29 de julio del 2020. Señaló que el derecho a la ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, pues corresponde a un estado jurídico, según se

explicó en la sentencia SL1688 del 2019. Frente a los efectos de la ineficacia trajo a colación la sentencia SL2877 del 2020.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada COLPENSIONES:

La apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que la ineficacia del traslado carece de objeto por la teoría de los actos de relacionamiento con el fondo privado, al estar la demandante vinculada por más de 20 años al RAIS, no realizar averiguación alguna respecto a sus condiciones pensionales en el tiempo que otorgaba la normatividad, firmar su formulario de afiliación dando ratificación a su deseo de permanencia en ese régimen y el más importante, trasladarse de régimen de forma horizontal, demostrando con esto conocimiento sobre la actuación que estaba realizando, lo que subsana cualquier tipo de vicio que pudiera generar la primera vinculación al RAIS.

- Que para la época de los hechos las entidades no estaban obligadas a dejar documentada la información que brindaban a los afiliados, la cual se daba de forma verbal; que el único requerimiento era llenar a cabalidad un formulario de afiliación que tenía que estar previamente aprobado, requisitos que se cumplen en el presente caso. Que disiente de la condena en costas, ya que COLPENSIONES no fue determinante en el traslado de régimen y este no procedía sin acudir a un proceso judicial.

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 demandadas presentaron sus alegatos de conclusión que se resumen de la siguiente manera:

- **Demandante:**

La apoderada judicial de la parte demandante solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, pues el traslado de la demandante se dio sin un consentimiento informado, el cual efectivamente debe estar presente ante una decisión tan trascendental para una persona, como es su futuro pensional. Que, respecto a la falta de información, tenemos importante jurisprudencia y en la misma línea por parte de la Corte Suprema de Justicia, fallos que datan del año 2008 y hasta el 2020, donde cada vez se ha venido ampliando y reiterando en debida forma, que la suscripción del formulario de afiliación por parte de afiliado por sí solo, no es prueba de que se realizó una debida asesoría.

• Demandada COLPENSIONES:

La apoderada judicial de la demandada COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a su representada, argumentando que no se logra demostrar que la información suministrada al demandante por parte del fondo privado haya sido insuficiente, entendiéndose, que el acto por el cual se ejecutó el traslado de régimen conserva su validez y eficacia y por lo tanto no es procedente declarar la ineficacia del mismo, aunado a lo anterior, hay comportamientos del afiliado en el sistema que permiten colegir su deseo de permanencia al mismo. Trajo a colación los argumentos de la Corte Constitucional respecto al perjuicio a la sostenibilidad económica del sistema pensional. Que los actos de la demanda son ajenos a su representada, pues ella sólo acató la voluntad de la demandante de trasladarse al régimen pensional de conformidad con lo dispuesto en la normatividad vigente para la época.

• Demandada PORVENIR:

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 de la señora SANDRA INES PRADA GONZALEZ del RPMPD al RAIS, realizado a través de la AFP ING, hoy PROTECCIÓN SA?, de ser procedente, ¿si esto a su vez deja sin efecto las subsiguientes afiliaciones que la actora 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 de la señora SANDRA INES PRADA GONZALEZ 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 ING, hoy PROTECCIÓN SA, o si por su ausencia, procede la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto la jueza a quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia, dado que la entidad demandada PROTECCIÓN SA como Administradora de Fondo de Pensiones del RAIS, tenía la obligación de demostrar que para el momento en que la demandante solicitó su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, le suministró información clara, suficiente y precisa sobre las consecuencias positivas y negativas de su decisión, que comprendiera no únicamente los beneficios sino los riesgos que este implicaba. Sin embargo, únicamente aportó el historial de la demandante, pero tal documento no es suficiente para demostrar la validez del traslado, como se ha explicado suficientemente por la jurisprudencia.

A esta conclusión se opuso COLPENSIONES por estimar que la ineficacia del traslado carece de objeto por la teoría de los actos de relacionamiento, lo que subsana cualquier tipo de vicio que pudiera generar la primera vinculación al RAIS; que para la época de los hechos las entidades no estaban obligadas a dejar documentada la información que brindaban a los afiliados y que esa administradora no fue determinante en el traslado de régimen, el cual no procedía sin acudir a un proceso judicial. 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 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 ING, hoy PROTECCION 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 se trasladó del RPMPD al RAIS el 01 de mayo de 1998, mediante afiliación a ING, hoy PROTECCIÓN y posteriormente realizó traslados entre fondos dentro de ese régimen pensional, lo que no estuvo precedido de la suficiente ilustración. También indicó que en septiembre 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 la demandante estuvo inicialmente afiliada al RPMPD mediante el I.S.S. (hoy COLPENSIONES) y el 09 de marzo de 1998 solicitó traslado de régimen a través de la AFP ING, lo que se hizo efectivo el 1.º de mayo de 1998; así mismo, que posteriormente dentro del RAIS realizó varios traslados entre fondos (también estuvo vinculada a HORIZONTE, hoy PORVENIR), encontrándose con afiliación activa al momento de presentar la demanda con la AFP PROTECCIÓN.

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 PROTECCIÓN¹; 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 en el expediente no reposa el formulario de solicitud de vinculación a la AFP ING, por medio del cual la demandante se trasladó del RPMPD administrado por el entonces ISS al RAIS, no obstante, las pruebas que fueron allegadas dan cuenta de que así sucedió el traslado objeto del presente litigio. No obra en el plenario prueba alguna que dé cuenta si ING, hoy ROTECCION SA, brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, la señora SANDRA INES PRADA GONZALEZ, 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 se probó que ING, hoy PROTECCIÓN, para marzo de 1.998 le haya indicado a la demandante 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.

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 ING, 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 SANDRA INES PRADA GONZALEZ, 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 en caso de haberse allegado este elemento probatorio, sería insuficiente para enervar las pretensiones.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento de la afiliada, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que la indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales de los recursos de apelación de las demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debían enfocarse en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que para este caso le correspondía a 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 de la actora, se ha concluido que ING, 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 la demandante en el año 1998, 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 a la actora desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1.998 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 parte de la actora 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 de la 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 la actora realizó al interior del RAIS como actos de relacionamiento.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por la Jueza Tercera Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 07 de diciembre de 2022. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR SA al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$250.000), a cargo de cada demandada 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 07 de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado Tercero 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 de la demandante; se fijan como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$250.000), a cargo de cada una de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR.

Tercero: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

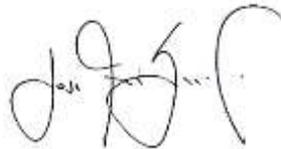
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**NIDIAM BELEN QUINTERO 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 540013105003 2021
00391 01
PI 20463**

SANDRA INÉS PRADA GONZÁLEZ contra **COLPENSIONES
Y OTRO.**

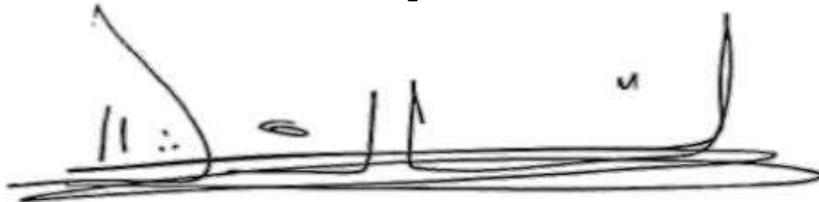
Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala, por las razones que a continuación explicaré:

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 several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado