



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 veintinueve (29) de septiembre dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-001-2020-00309-01 P.T. No. 20.543

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE MARTHA MANZANO CARRASCAL.

DEMANDADO: COLPENSIONES y OTRAS.

FECHA PROVIDENCIA: VEINTINUEVE (29) DE SEPTIEMBRE DE 2023.

DECISION: **“Primero: Modificar** la orden emitida en primera instancia en cuanto a que ambas Administradoras de Fondos de Pensiones que fueron demandadas, esto es **PROTECCION y PORVENIR, deben asumir a cargo de su propio peculio y de forma indexada, los deterioros sufridos por el bien administrado durante el tiempo que duró la afiliación de la demandante con cada una de estas entidades. Segundo: En lo demás se confirma la decisión** adoptada por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 19 de mayo de 2.023. **Tercero: 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. **Cuarto: 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 cinco (5) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy nueve (9) de octubre 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, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2.023)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2020-00309-01
RADICADO INTERNO:	20.543
DEMANDANTE:	MARTHA MANZANO CARVAJAL
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 19 de mayo de 2.023 que fue proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

La señora MARTHA MANZANO CARRASCAL a través de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PORVENIR SA, solicitando que se declare la nulidad absoluta o ineficacia de la afiliación que realizó a la AFP DAVIVIR (entidad que por fusión pasó a Pensiones y Cesantías PORVENIR) y que generó el cambio del RPMPD al RAIS. Así mismo, que se declare la nulidad o ineficacia de la respuesta de fecha 23 de octubre de 2020 que PORVENIR profirió sobre la imposibilidad de acceder a la solicitud de traslado. Como consecuencia pide que se ordene su retorno automático al RPMPD y en el término improrrogable de 1 mes contado a partir de la ejecutoria de la sentencia, PORVENIR traslade COLPENSIONES sus aportes, bonos pensionales y sumas adicionales, junto con los respectivos frutos e intereses, así como los deducido por gastos de administración, y ambas demandadas realicen los trámites a que haya lugar para que quede afiliada al RPMPD y pueda diligenciar el trámite de pensión a que tiene derecho.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que inició su vida laboral el 1. ° de septiembre de 1.988 en el cargo de auxiliar de salud, código 412, grado 10 del Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña, siendo afiliada para pensión a CAJANAL, entidad en la que permaneció hasta el 18 de diciembre de 1.994. Que el 19 de diciembre 1.994 fue afiliada al Instituto de los seguros Sociales y según la historia laboral expedida por COLPENSIONES, estuvo allí hasta el 30 de noviembre de 1.995.

- Que mediante formulario de solicitud de bono pensional por traslado a fondo de pensiones con número 158414 de DAVIVIR de fecha 13 de octubre de 1995, el citado fondo de pensiones inició su proceso de traslado. Que dentro de las fusiones

que los fondos efectúan constantemente, el 20 de diciembre de 2000 BBVA HORIZONTE le notificó que pertenecía a dicho fondo de pensiones, sin que mediara un documento de consentimiento por parte de ella. Finalmente, se encuentra afiliada a la AFP PORVENIR SA, donde aún continúa cotizando.

- Que su traslado a DAVIVIR se dio mediante el ofrecimiento del programa de pensiones que hizo el fondo al Hospital Emiro Quintero Cañizares de Ocaña; se presentó un asesor con un formulario de afiliación para que lo diligenciará y firmara. En ese momento no se le brindó ninguna asesoría ni se le informó sobre las conveniencias e inconveniencias de su traslado; se le indicó que CAJANAL y el ISS desaparecían y entonces perdería la oportunidad de pensionarse y que quien estaba con en condiciones de ofrecerle mejores ventajas en el traslado era el fondo privado DAVIVIR.

- Que tuvo conocimiento de lo que supuestamente ofrecía el fondo DAVIVIR por la información que habían recibido sus compañeros en una reunión general con el personal del hospital en febrero de 1995, por ello aceptó la afiliación con el convencimiento de que lo que se le ofrecía era lo mejor para ella, sin conocer las consecuencias y desventajas del traslado. Que no fue asesorada por la Dirección y la Oficina de Talento Humano del Hospital Emiro Quintero Cañizares, ni por parte de la Secretaría de Salud Departamental De Norte de Santander, el Ministerio de Salud, ni el Ministerio del Trabajo, para definir la mejor opción para su pensión.

- Que en su momento por parte de DAVIVIR se manifestó que con el RAIS y con el RPM se pensionarían en igualdad de condiciones y que en el momento en que decidieran pensionarse, cumpliendo con la edad y las semanas exigidas para cada uno, definirían si querían el dinero ahorrado o una pensión proyectada, lo que por experiencia de sus compañeros no es cierto.

- Que no hubo para ella en ningún momento el asesoramiento específico e individual por parte de las diferentes empresas en las que ha estado afiliada en el RAIS, donde se le especificará la grave afectación económica de la que iba a ser objeto si continuaba afiliada a ese régimen.

- Que su traslado del ISS a DAVIVIR no estuvo precedido de la comprensión suficiente y menos del real consentimiento para adoptar una decisión de esta naturaleza porque esa administradora no le explicó las consecuencias que el cambio de régimen le generaba y le indujo en error, pues de haber sabido que su pensión a futuro correspondería a una suma mucho menor a la que le asignarían en el RPM, no hubiese firmado la afiliación y traslado de régimen.

- Que la demandada PORVENIR omitió la obligación de adelantar el proceso respectivo de asesoría prepensional que tiene como fin permitirle al afiliado al momento de entrar en el intervalo de tiempo donde no es irreversible el traslado entre fondos, tomar la decisión que más se ajuste a su expectativa pensional; esta asesoría debió prestarse antes de faltarle 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez.

- Que el 15 de octubre de 2020 presentó ante PORVENIR solicitud de autorización de traslado hacia COLPENSIONES, de lo cual recibió respuesta negativa mediante oficio del 23 de octubre del mismo año.

- Que años después de estar afiliada es que ella y sus compañeros, por circunstancias de edad y tiempo de afiliación, se enteran de que la pensión ofrecida no es no es la más conveniente en comparación con el sistema en el que estaban afiliados cuando los fondos privados los captaron con engaños y sin asesoría adecuada. Que la AFP PORVENIR a los afiliados que se encuentran en su rango de aportes y edad, solo les ofrece una pensión equivalente al salario mínimo legal vigente, hecho que no concuerda con los beneficios que habían ofrecido los promotores de DAVIVIR a sus compañeros del hospital, lo que le causa actualmente una gran frustración por no acceder a una pensión por lo menos superior al mínimo.

- Que se sigue desempeñando en el mismo cargo, con un salario básico de \$1.738.030, sin incluir otros factores salariales como primas de servicio, navidad y trabajo suplementario. Que ha cotizado 1.370 semanas desde el 1. ° de septiembre

de 1.988, según historia laboral generada el 03 de diciembre de 2020 PORVENIR, razón por la cual, de encontrarse en el RPM se pensionaría bajo los lineamientos establecidos por la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, que exige, en el caso de las mujeres contar con 57 años de edad y más de 1300 semanas de cotización.

- Que, de aplicar el inciso final del artículo 10 de la Ley 797 de 2.003 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 a su caso particular, de acuerdo con el promedio de cotizado durante los 10 últimos años de vida laboral y una tasa de reemplazo equivalente al 70.5% del ingreso base de liquidación (la más baja), tendría derecho a una mesada pensional aproximada superior a \$1.200.000 y al aceptar la pensión por el RAIS, en este momento recibiría aproximadamente una mesada pensional de un 30% menos que en el RPMPD.

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

- Que no le constan los hechos. Que la constancia contenida en el formulario de traslado deja en evidencia la debida asesoría verbal que en su momento se dio y dicho formulario suscrito por el demandante bajo la gravedad del juramento da fe de que su decisión la tomó de manera libre, espontánea y sin presiones. 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 parte demandante no realiza esfuerzo argumentativo y probatorio alguno para establecer qué clase de error alega ni la entidad del mismo, para poder determinar si tiene la virtualidad de anular el consentimiento. Que tan consiente y valida fue la decisión del demandante que el art. 3 del Decreto 1161 de 1994 le ofrecía la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a su elección y no lo hizo. Que, al momento de realizarse la afiliación o traslado a esa AFP, no existía disposición en la Ley 100 de 1993 que regulara expresamente la forma en que se debía dar asesoría para el cambio de régimen, asunto que vino a ser regulado con la expedición de la Ley 1328/2009 en su artículo 48.

- Que 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, pues 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 mérito de: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que es ciertos que la demandante estuvo afiliada al ISS. Respecto a los demás hechos manifestó que no le constan. 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. 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 solicita que no se acceda a la condena 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 permitirse 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.

- Que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373-2021, moderó el precedente respecto a la posibilidad de materializar los efectos de la ineficacia tratándose de demandantes que ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados en el régimen de ahorro Individual, en el entendido de que al haber adquirido la calidad de pensionado, se produce la imposibilidad de retornar al estatus quo, pues ello conllevaría a “disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.”

- Propuso las excepciones de mérito: inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir; cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación; buena fe; inexistencia de la sanción moratoria; prescripción y la genérica.

En audiencia adelantada el 15 de julio de 2.022, debido a la información suministrada en los alegatos por la apoderada de PORVENIR, el juez de primera instancia ordenó integrar al contradictorio a la AFP PROTECCION, entidad que, al contestar la demanda a través de apoderada judicial, se opuso a las pretensiones de la parte actora y manifestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la vida laboral de la demandante, su afiliación al ISS, que inició proceso de traslado de régimen con formulario de DAVIVIR, que ha estado afiliada a las AFP por ella mencionadas y que el 15 de octubre de 2.022 solicitó ante PORVENIR autorización de traslado hacia COLPENSIONES que fue negada. Que los demás hechos no son ciertos o no le constan.

- Que el día 13 de octubre de 1.995, la demandante solicitó de manera libre y voluntaria el traslado de régimen a la AFP DAVIVIR hoy en día PROTECCIÓN; el cual estuvo precedido de información clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente en relación con los efectos jurídicos, las prestaciones que otorga, las modalidades para acceder al reconocimiento pensional, las ventajas, desventajas y en general todo lo atinente a la regulación que en materia pensional expide el Gobierno Nacional; asesoría que se materializó mediante el diligenciamiento y firma del correspondiente formulario, el cual goza de plena validez jurídica. Que en esa vinculación no obra constancia de situación anómala o constreñimiento, por tanto, no existen fundamentos facticos ni jurídicos que fundamenten la pretensión de la demandante y se puede concluir que la afiliada no suministra prueba alguna del error de hecho o de derecho que vicie el consentimiento, más allá de afirmarlo;

contrariando los propios actos, al existir manifestación de voluntad expresa en la firma del formulario de afiliación.

- Que la demandante cuenta con 61 años, por lo que no sería posible efectuar el traslado de régimen normal y como para el 1° de abril de 1993 contaba con 33 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: Declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN; 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.

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 19 de mayo de 2.023 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“Primero: Decretar la nulidad e ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual que la demandante MARTA MANZANO CARRASCAL realizó en el año 1.995 ante el Fondo de Pensiones y Cesantías DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN SA, de conformidad con las motivaciones que anteceden esta sentencia.

Segundo: Disponer a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, recibir como su afiliada o reafiliar a la demandante MARTA MANZANO CARRASCAL al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de conformidad con las motivaciones que anteceden esta sentencia

Tercero: Se condena a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR a devolver ante la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de MARTA MANZANO CARRASCAL, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, con los rendimientos que se hubieren causado en virtual regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Cuarto: Se ordena a COLPENSIONES que una vez la Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR de cumplimiento a lo que se ha ordenado, proceda a poner al día la historia laboral de la demandante MARTA MANZANO CARRASCAL.

Quinto: Se condena a la Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN SA a asumir a su cargo de su propio peculio los deterioros sufridos por el bien administrado, todos los gastos y mermas sufridas por el capital pensional de la demandante por gastos de administración, seguros previsionales, pensión de vejez e invalidez.

Sexto: Consecuencia de todo lo anterior, no podrán prosperar las excepciones propuestas por los demandados, siendo además a cargo de estos las costas procesales.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que con las pruebas allegadas está probada la afiliación de la demandante al inicio de su vida laboral (en septiembre primero de 1988) en el RPMPD y que a partir del 13 de octubre del año 1995 el Fondo privado DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN, inició el proceso de traslado al RAIS. Que posteriormente estuvo afiliada en el BBVA hasta el 20 de diciembre del año 2000 y de este fondo pasó a PORVENIR SA, en donde se encuentra afiliada.

- Que la demandante manifestó a través de su apoderado en los hechos de la demanda, no haber recibido la información necesaria para tener un verdadero conocimiento y la conciencia efectiva y verdadera sobre el cambio de régimen pensional que realizó, e indicó en el interrogatorio de parte, que por confiar en lo dicho en una reunión sindical sobre los beneficios que les habían informado que tendrían en ese nuevo fondo privado, fue que firmó, pero actualmente se siente engañada.

- Que ante la negativa de la demandante de haber recibido esa mínima información aun cuando los fondos dicen que se le dio la necesaria y que su afiliación y decisión fue voluntaria, la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que desde la creación de la Ley 100 de 1993 y desde la vigencia del Decreto 663, Estatuto financiero, especialmente su artículo 97, se exigía a los fondos, como lo informa al Ministerio Público, una información básica concerniente en explicarle al nuevo afiliado los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas de cada uno y las consecuencias del cambio del RPMPD al RAIS. Recayendo la carga de la prueba en el fondo privado que realiza esa afiliación primaria.

- Que no existe prueba alguna de la información básica necesaria sobre los regímenes pensionales que era la obligación al momento de la afiliación de cada trabajador y los mismos fondos informan que esa asesoría se realizó de manera verbal y fue con fundamento en esta se surtió la afiliación de la demandante, además que para la época la ley no decía qué clase de información debía darse ni de qué manera, solo existía el formulario de afiliación.

- Que por lo anterior, se declara la nulidad o ineficacia de dicho traslado debiendo en consecuencia, ordenar a la AFP PORVENIR SA que devuelva a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, con todos sus frutos e intereses; así mismo, se ordena a la administradora del RPMPD que reafilie a la actora y ponga al día su historia laboral y se condena a la AFP PROTECCIÓN SA que fue la que generó el cambio de régimen pensional de la demandante, conforme lo dispone la sentencia SL 5686, a devolver al sistema pensional todas las mermas sufridas en el capital, dineros que deben ser devueltos de su propio peculio debidamente indexados.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada COLPENSIONES:

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

- Que no es posible aceptar el traslado del 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 la demandante ha estado afiliada al RAIS por más de 25 años, ratificado con esto su conformidad y permanencia en dicho régimen.

- Que no está de acuerdo con la condena en costas porque esa entidad no fue determinante en el traslado de régimen y ha actuado siempre con la creencia de haber cumplido realmente con su deber, con la conciencia plena de no engañar ni perjudicar y con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones.

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

• Demandante:

El apoderado de la parte actora solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, manifestando que la demandante demostró fehacientemente que no se le suministró la información necesaria y completa, requerida para formarse un consentimiento que le permitiera elegir la mejor opción para pensionarse; lo que las demandadas no se esforzaron en desvirtuar, pese a que eran las obligadas de acreditar que efectivamente habían cumplido con ese deber en razón de la inversión de la carga de la prueba.

Que COLPENSIONES en sus argumentos no tiene en cuenta que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente por sí solo para tener por satisfecha dicha exigencia legal y jurisprudencial. Que esa administradora de pensiones tampoco tiene en cuenta que también tenía la obligación de suministrar la información requerida por la demandante a efecto de que tuviera un consentimiento debidamente informado para optar por el fondo que más le conviniera.

Que no le asiste razón al apoderado de PORVENIR en cuanto a que en la época del traslado de la demandante no había normatividad clara sobre la obligación de suministrar información a los eventuales candidatos a afiliarse o trasladarse al RAIS, porque a partir de ese momento la jurisprudencia laboral vino en permanente evolución.

• Demandada COLPENSIONES:

La apoderada judicial de COLPENSIONES solicita que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia y se absuelva a su representada de los cargos formulados en su contra. Manifiesta que no es procedente que se declare la nulidad e ineficacia del régimen pensional, por cuanto la parte demandante realizó su traslado de régimen de manera voluntaria y autónoma desde la libertad que le otorga la ley, sin que en dicho acto jurídico haya intervenido COLPENSIONES al suministrar información. Que la base de la ineficacia del traslado es la falta al deber de información por parte de los fondos privados y esta no quedó demostrado a lo largo del proceso, puesto que consta el formulario de afiliación debidamente firmado

por la demandante, el cual da cuenta de su deseo de permanencia y pertenencia al RAIS.

Que de accederse a las pretensiones de la demanda se estaría actuando en contravía de los preceptos legales establecidos por el legislador en el Artículo 13, literal E de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Que, si se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado, según las sentencias CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, en observancia del principio del equilibrio financiero del producto interno bruto y en la reserva pensional.

• 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 MARTHA MANZANO CARVAJAL, del RPMPD al RAIS, realizado a través de la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN SA?, de ser procedente, ¿si esto a su vez deja sin efecto las subsiguientes afiliaciones que 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 MARTHA MANZANO CARVAJAL del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN SA, o si por su ausencia, procede la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el juez a quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia, dado que la entidad demandada PROTECCIÓN SA como Administradora de Fondo de Pensiones del RAIS, tenía la obligación de demostrar que para el momento del cambio de régimen cumplió con los requisitos mínimos dispuestos en la Ley 100 de 1993 y el artículo 97 en el Decreto 663 del 94, pero no lo hizo.

A esta conclusión se opuso COLPENSIONES alegando que no es posible aceptar el traslado por lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003 y teniendo en cuenta que goza de plena validez el efectuado al RAIS, en donde la demandante ha estado afiliada por más de 25 años ratificando su conformidad de permanencia; además esa entidad no fue determinante en el cambio de régimen.

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 DAVIVIR, 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 inicialmente estuvo afiliada a CAJANAL y de ahí pasó al ISS. Que mediante formulario de solicitud de bono pensional por traslado a fondo de pensiones con número 158414 de DAVIVIR, de fecha 13 de octubre de 1995, inició su proceso de traslado al RAIS, sin recibir asesoría por parte de la AFP, solo comentarios positivos de sus compañeros de trabajo. Que el 20 de diciembre de 2000, BBVA HORIZONTE le notificó que pertenecía a dicho fondo de pensiones, sin que mediara un documento de consentimiento por parte de ella y ahora se encuentra afiliada a la AFP PORVENIR SA. Que el 15 de octubre de 2020 presentó ante PORVENIR solicitud de autorización de traslado hacia COLPENSIONES, lo cual fue negado.

De las pruebas documentales allegadas al proceso, entre las que se encuentran historias laborales, certificado SIAFP, reporte de estado de cuenta, constancia de traslado de aportes, relación histórica de movimientos, certificado de afiliación a AFP, simulación pensional, CETIL y un formulario de DAVIVIR de solicitud de bono pensional por traslado a un fondo de pensiones que tiene el N° 158414, se puede evidenciar que la demandante estuvo inicialmente afiliada al RPMPD mediante el I.S.S. (hoy COLPENSIONES) y el 13 de octubre de 1995 solicitó traslado de régimen a través de la AFP DAVIVIR, lo que se hizo efectivo el 1. ° de noviembre de 1995; así mismo, que posteriormente dentro del RAIS realizó varios traslados entre fondos (también estuvo vinculada a ING y HORIZONTE), encontrándose con afiliación activa al momento de presentar la demanda con la AFP PORVENIR.

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

Se resalta que en el expediente no reposa el formulario de solicitud de vinculación a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN SA, 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 DAVIVIR, hoy PROTECCION 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 MARTHA MANZANO CARVAJAL, 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 DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN, para octubre de 1.995 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.

De acuerdo con lo anterior, en su momento DAVIVIR, hoy PROTECCION SA, no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, pero por la actividad probatoria que desplegó 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 MARTHA MANZANO CARVAJAL, 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 del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales de los recursos de apelación de las demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debían enfocarse en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que para este caso le correspondía a PROTECCION SA y en menor medida a las administradoras siguientes, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor, se ha concluido que DAVIVIR, hoy PROTECCION SA, incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el año 1995, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral, donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

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

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

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

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

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

Por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, 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 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 a 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 adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto

ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”

De lo anterior se desprende, que por los efectos ex tunc de la declaratoria de ineficacia, 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 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 1.995 en esa entidad.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que *“a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad por 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 demandante dentro del RAIS realizó varios traslados a diferentes fondos de pensiones, es importante traer a colación lo indicado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 2877 de 2.020 a través de la cual cita el pronunciamiento realizado por esa misma corporación en el rad. 31989 del 09 sep. 2.008, en el que precisó: *“la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”*.

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

“Ahora, cabe puntualizar, que en este juicio la voluntad del demandante de cambiarse de régimen, no se ratifica con los cambios que el actor posteriormente hubiese efectuado en el RAIS con diferentes Fondos, ni siquiera si la última AFP Porvenir S.A. le brindó alguna información, dado que lo que produce la ineficacia del traslado es la actuación de la primera AFP Colfondos, que implica que deben «retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido», incluyendo lo referente a cualquier traslado entre Fondos, tal como se expuso en las decisiones CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ineficacia que, conforme a la aludida decisión CSJ SL1689-2019, implica que «desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis».

Es decir, que la ineficacia envuelve o consiste en estimar que el acto no se celebró y, por consiguiente, no puede producir efectos, en la medida que fue realizado en contravención a los mandatos legales y obviando los requisitos y presupuestos establecidos.

En ese orden de ideas, la falta de información no se subsana por los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en el régimen de ahorro individual con solidaridad.”

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

Conforme a lo anterior, la Sala deberá modificar la orden emitida en primera instancia en cuanto a que ambas Administradoras de Fondos de Pensiones que fueron demandadas, esto es PROTECCION y PORVENIR, deben asumir a cargo de su propio peculio y de forma indexada, los deterioros sufridos por el bien administrado durante el tiempo que duró la afiliación de la demandante con cada una de estas entidades, en lo demás se confirma la decisión adoptada por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 19 de mayo de 2.023. 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: Modificar la orden emitida en primera instancia en cuanto a que ambas Administradoras de Fondos de Pensiones que fueron demandadas, esto es **PROTECCION y PORVENIR, deben asumir a cargo de su propio peculio y de forma indexada, los deterioros sufridos por el bien administrado durante el tiempo que duró la afiliación de la demandante con cada una de estas entidades.**

Segundo: En lo demás se confirma la decisión adoptada por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 19 de mayo de 2.023.

Tercero: 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.

Cuarto: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

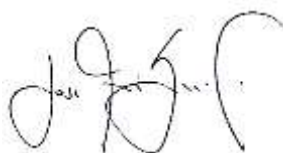
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA**



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



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**

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

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. A. J. C. S.', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado