



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: 54-001-31-05-003-2021-00182-01 P.T. No. 20.567

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE ARLETH ZAPATA CASTELLANOS.

DEMANDADO: COLPENSIONES y OTRA.

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

DECISION: **“PRIMERO: Confirmar** la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2.022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia. **SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia** a COLPENSIONES y a PORVENIR; se fijan como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$250.000) a cargo de cada demandada y a favor de la demandante. **Tercero:** Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.”

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy 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:	54-001-31-05-003-2021-00182-01
RADICADO INTERNO:	20.567
DEMANDANTE:	ARLETH ZAPATA CASTELLANOS
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, así como el grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 18 de noviembre 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 ARLETH ZAPATA CASTELLANOS interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PORVENIR SA, solicitando que se declare la nulidad del traslado que realizó del RPMPD al RAIS, así como la ineficacia de su afiliación a la AFP demandada y, en consecuencia, que ella jurídicamente siempre ha permanecido en el RPMPD sin solución de continuidad en la afiliación. También solicita que se declare que la AFP PORVENIR SA incurrió en omisión en el deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones con relación a la comunicación con el afiliado sobre todas las ventajas y desventajas que tiene cada uno de los regímenes pensionales y que existió multifiliación entre el RPMPD y el fondo privado, y, en consecuencia, las cosas deben volver al estado en el que se encontraban. Por lo anterior, pide que se ordene a PORVENIR SA devolver a COLPENSIONES de forma indexada, todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que estuvieron en poder de las administradoras. A su vez que se ordene a COLPENSIONES reactivar su afiliación, recibir los aportes y rendimientos devueltos por el fondo privado demandado, y actualizar y corregir su historia laboral. También solicita que se condene al fondo privado al reconocimiento y pago de los perjuicios morales que se le causaron, los cuales estima en 200 salarios mínimos legales vigentes.

Como pretensiones subsidiarias solicita que se declare la inexistencia de su traslado del RPMPD al RAIS, entendiéndose que siempre ha permanecido en el RPMPD sin solución de continuidad en la afiliación.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que nació el 16 enero de 1967 y fue afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en pensiones el día 06 de noviembre 1997, en donde cotizó hasta el 29 mayo de 2.009 un total de 378,86 semanas.

- Que cuando ingresó a trabajar a SALUDCOOP, el empleador de manera arbitraria la trasladó a un fondo de pensiones donde se surtió la multifiliación con COLPENSIONES. Según respuesta de PORVENIR SA, el 16 de octubre de 2.008 fue llevada a Comité de Multivinculación con COLPENSIONES.

- Que el 29 de mayo de 2.009, por no recibir información técnica y adecuada, y por los móviles equivocados, se trasladó a la AFP PORVENIR SA. Que el traslado de régimen se dio en las instalaciones de IMSALUD ESE de la ciudad Cúcuta, en donde estaba trabajando; fue una asesora de PORVENIR SA, quien le indicó que era más beneficioso trasladarse del ISS al fondo privado, y previo a la firma de la afiliación, le informó que en ese fondo podría pensionarse a la edad que quisiera, que en ningún caso su situación sería desventajosa frente a la del RPM y que el ISS se liquidaría, por lo cual sus afiliados no se pensionarían nunca ya que perderían las semanas cotizadas.

- Que la AFP no cumplió con el deber de información y buen consejo al momento de efectuar su traslado, pues no le suministró información adicional sobre la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual con el fin de obtener una pensión anticipada o completar el capital para poder acceder a una pensión de vejez. Tampoco le suministró una información clara y fehaciente con respecto a las consecuencias legales y económicas que tendría su cambio de régimen pensional, ni sobre el derecho a retractarse como lo estipula el Decreto 1161 de 1.994 y nunca le advirtió que la pensión podría ser inferior a la del RPMPD, que los cálculos estimados estaban sometidos al vaivén del mercado, incluso de medidas gubernamentales como la tabla de supervivencia y que el valor de la pensión depende de la modalidad que se escoja, ni siquiera le explicó las distintas modalidades de la pensión.

- Que intentó varias veces trasladarse al COLPENSIONES, donde le negaron su solicitud al considerar que está inmersa en una prohibición legal.

- Que se acercó al fondo privado para conocer el estado de su pensión y le manifestaron que se pensionaría con un salario mínimo legal, situación por la que entró en depresión pues al momento de trasladarse le habían manifestado que su pensión sería superior.

- Que el 22 febrero de 2.021 solicitó ante las demandadas la ineficacia del traslado. Que mediante comunicación del día 23 de febrero de 2.021, COLPENSIONES le comunicó que no es procedente anular la afiliación del traslado porque ella ejerció su libre elección de régimen de conformidad a lo establecido a la Ley 100 de 1993.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la demandante, el tiempo que duró su vinculación a esa entidad, las semanas que cotizó y que solicitó la ineficacia del traslado, lo cual fue negado. Respecto a los demás hechos manifestó que no le constan o no los admite.

- 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, pues se hizo de manera voluntaria y autónoma, firmando formulario de afiliación al fondo privado, sin que en dicho acto jurídico haya intervenido COLPENSIONES, simplemente acató la voluntad de la demandante de trasladarse de régimen pensional conforme a la normatividad, por lo que solicita que no se acceda a la condena en costas.

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

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

- Que, para este caso, la carga dinámica no es absoluta y obedece a la verificación de los escenarios donde la expectativa pensional, la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, la calidad del demandante y otros relacionados con las actividades financieras que ejecuta un usuario durante su vida laboral, le permitía escoger acertadamente el régimen pensional.

- 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; 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; juicio de proporcionalidad y ponderación; imposibilidad de materializar los efectos de la ineficacia cuando el demandante ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirió el estatus de pensionados en el régimen de ahorro individual; prescripción y la genérica.

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

- Que no le constan los hechos. Que el formulario de vinculación o traslado suscrito por el demandante bajo la gravedad del juramento da fe de que su decisión la tomó de manera libre, espontánea y sin presiones, y que recibió la información pertinente. 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 no se acreditan los elementos de la responsabilidad y mucho menos la causación de un perjuicio moral.

- 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.

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 contra la sentencia del 18 de noviembre de 2.022 que fue 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 la demandante ARLETH ZAPATA CASTELLANOS a la ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS PORVENIR SA. En consecuencia, DECLARAR que, para todos los efectos legales, la demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA a devolver a COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones recibidas de la demandante, así como las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexadas.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que valide la afiliación de la demandante ARLETH ZAPATA CASTELLANOS, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, para financiar las prestaciones económicas a las que tenga derecho la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas.

SEXTO: CONSULTAR la providencia a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y S.S.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que se debía establecer si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional realizado por la demandante desde el RPMPD al RAIS

administrado por PORVENIR SA y como consecuencia de ello, si hay lugar a condenar a esta última entidad a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, incluyendo los intereses, rendimientos financieros, bonos pensionales y descuentos realizados.

- Que, de acuerdo a la historia laboral de COLPENSIONES, la demandante estuvo afiliada al ISS del 06 de noviembre de 1997 hasta el 30 de junio del 2009, cotizando un total de 378.86 semanas. Que con solicitud de vinculación número 13268793, la demandante solicitó el traslado a PORVENIR SA el 29 de mayo del 2009 y de acuerdo al certificado de afiliación aportado por esa AFP al momento de contestar la demanda, la actora aparece afiliada a esta entidad desde el 01 de julio del 2009.

- Que en lo que se refiere a la multiafiliación de la demandante, esta se menciona en el numeral 3. ° de la respuesta del 15 de marzo del 2021 emitida por PORVENIR con el radicado número 0106327019145000, en la cual se le suministra información respecto a la solicitud de nulidad del traslado de régimen pensional y se le informa sobre el proceso de asesoría brindada, pero al examinar la historia laboral de la demandante actualizada por COLPENSIONES, se observa que no existe evidencia de que la actora haya presentado algún problema de multiafiliación en el Sistema General de Pensiones, debido a que en el estado de afiliación y en el detalle de los pagos realizados se indica que fue efectivamente traslado, y no se encontró que se haya emitido alguna decisión por parte del Comité de Vinculación de los Fondos para determinar que la demandante estuviera afiliada. Por lo tanto, la información que está contenida en la respuesta emitida por PORVENIR no tiene otro respaldo probatorio sobre que efectivamente se haya dado algún problema de multivinculación en el caso de la demandante que deba ser tenido en cuenta al momento de decidir sobre la ineficacia del traslado.

- Que, conforme a las pruebas, el traslado de la demandante desde el RPMPD al RAIS se dio el 29 de mayo del 2.009, época en la cual las Administradoras de Fondos de Pensiones tenían el deber de información necesaria de conformidad con lo establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 del Estatuto financiero, deber que de acuerdo a lo explicado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1688 del 2019, consiste en brindar una información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así es posible que estos adquieran un juicio claro y objetivo de las mejores opciones que tienen frente a su expectativa pensional.

- Que la demandada PORVENIR SA tenía que demostrar que cumplió con la obligación de suministrar a la actora al momento de la solicitud del traslado, la información clara, suficiente y precisa sobre las consecuencias positivas y negativas de su decisión, de manera que pudiera acreditarse que al momento en que tomó la determinación de trasladarse, comprendió no únicamente los beneficios del RAIS, sino los riesgos que esto implicaba. Es decir, que tenía certeza sobre la incidencia que tendría su decisión en sus derechos prestacionales, no obstante, PORVENIR únicamente aportó como prueba el formulario la solicitud de afiliación o traslado de la demandante y la historia laboral, documentos que no son suficientes para demostrar la validez del traslado, como ha sido suficientemente explicado por la jurisprudencia.

- Que ante el incumplimiento del deber contemplado en el artículo 167 del Código General del proceso, se declara la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS; determinación que implica privar de todo efecto práctico el traslado bajo la dirección jurídica de que la actora siempre estuvo afiliada al RPMPD. Que ese despacho se acoge a la sentencia SL 2877 del 2020, sobre los efectos de la ineficacia del traslado y que esta tiene el carácter de imprescriptible por corresponder a un hecho o estado jurídico, según ha sido explicado en la sentencia SL 1688 del 2019.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada COLPENSIONES:

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

- Que esta ineficacia del traslado carece de objeto puesto que como actos de relacionamiento que tuvo la demandante se puede avizorar el haber estado vinculada por más de 10 años al RAIS, específicamente a PORVENIR, no haber realizado averiguación alguna en el tiempo que otorgaba la ley, firmar el formulario de afiliación dando ratificación a su vez con permanencia y no haber realizado las gestiones correspondientes para su traslado de régimen cuando le faltaban menos de 10 años para pensionarse.

- Que disiente de la condena en costas ya que COLPENSIONES se encontraba sujeta a lo que normativamente está instituido y conforme a esto no procedía el traslado de régimen sin acudir a un proceso judicial. Que hay que tener en cuenta que esa entidad no fue determinante en el traslado de régimen.

- Que la mayor inconformidad con la decisión adoptada radica en que se concede la ineficacia pretendida, aun cuando el deseo de traslado de la demandante a COLPENSIONES está basado únicamente en el monto pensional a recibir, ya que se hace alusión a que supuestamente con PORVENIR recibiría una mesada de un salario mínimo, por lo que no quedó demostrada la falta del deber de información que permitiera declarar la ineficacia del traslado y tal declaratoria conlleva a un menoscabo en los derechos de COLPENSIONES, pues con el cumplimiento total de los requisitos sería la obligada a reconocer beneficios pensionales a la demandante.

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:

• 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 del elemento probatorio recaudado en trámite del proceso en primera instancia, no se logra demostrar que la información suministrada a la demandante por parte del fondo privado haya sido insuficiente, entendiéndose que el acto de afiliación al RAIS lo realizó la parte actora en forma libre y voluntaria, cumpliendo con los requisitos legales, además la carga de la

prueba radica en cabeza de la demandante y COLPENSIONES por vía de jurisprudencia no puede otorgar prestaciones económicas que no estén expresamente consagradas en la ley, razón por la cual negó el traslado en sede administrativa.

Que no existen fundamentos de hecho o de derecho suficientes que sustenten la declaratoria de la ineficacia o nulidad de traslado pretendida y, por consiguiente, la condena al reconocimiento de pensión de vejez por parte de su representada a la demandante, ya que tal como se argumentó, no basta la simple afirmación de “no haber recibido una debida información” al momento de realizarse el traslado.

• 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 ARLETH ZAPATA CASTELLANOS del RPMPD al RAIS, realizado a través de la AFP PORVENIR SA?, de ser procedente, ¿si esto a su vez implica la devolución de aportes y demás conceptos ordenados?

8. CONSIDERACIONES

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora ARLETH ZAPATA CASTELLANOS 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 Fondos de Pensiones PORVENIR SA, o si por su ausencia, procede la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES; siendo necesario aclarar que el traslado de régimen sobre el que se deprecia la nulidad se dio por causa de la afiliación a la AFP en el año 2.009 y no existe discusión respecto de los períodos anteriores, donde se advierte pudo haber una resolución administrativa de multifiliación, que no incide en la resolución de movimientos posteriores.

Al respecto la jueza a quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia, dado que la entidad demandada PORVENIR 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 formulario de solicitud de traslado, pero tal documento no es suficiente para demostrar la validez del mismo, como se ha explicado suficientemente por la jurisprudencia.

A esta conclusión se opuso COLPENSIONES por estimar que esta ineficacia del traslado carece de objeto por los actos de relacionamiento que tuvo la demandante, que esa entidad se encontraba sujeta a lo que normativamente está instituido, además no fue determinante en el traslado de régimen y que el deseo de traslado de la accionante está basado únicamente en el monto pensional a recibir. Por otra parte, PORVENIR SA advierte que se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones ya que son la retribución por los servicios prestados, los cuales resulta imposible dejar sin efecto, lo que igualmente sucede con el seguro previsional.

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

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

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

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

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

Al respecto la sentencia SL1452 de 2019 hace un recuento de las etapas de este deber de información, reiterando que surge con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y que sus decisiones previas identifican que inclusive en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, numeral 1º del artículo 97 impone a las entidades el deber de suministrar la información necesaria a los usuarios para las operaciones que realicen y que ello implica entender la transparencia como *“una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definatorios 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 PORVENIR SA; pues argumenta la demandante que al suscribir el formulario con el cual se dio el traslado de régimen pensional, no recibió asesoría suficiente sobre los pormenores, beneficios, desventajas y proyecciones de pensiones en ambos regímenes, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

La demandante manifestó que estuvo afiliada ISS desde el 06 de noviembre 1.997 hasta el 29 mayo de 2.009, donde cotizó un total de 378,86 semanas. Que cuando ingresó a trabajar a SALUDCOOP, el empleador de manera arbitraria la trasladó a un fondo de pensiones donde se surtió la multifiliación con COLPENSIONES, por lo que el 16 de octubre de 2.008 fue llevada a Comité de Multivinculación con esa entidad. Que el 29 de mayo de 2.009, por no recibir información técnica y adecuada, y por los móviles equivocados, se trasladó a PORVENIR SA, AFP que no cumplió con el deber de información y buen consejo en ese momento. Que intentó varias veces trasladarse al COLPENSIONES, donde le negaron su solicitud al considerar que está inmersa en una prohibición legal. Que el 22 febrero de 2.021 solicitó ante las demandadas la ineficacia del traslado, lo cual fue negado por COLPENSIONES.

De las pruebas documentales allegadas al proceso, entre las que se encuentran las historias laborales, el certificado de afiliación a la AFP y el formulario de vinculación al fondo privado, se puede evidenciar que la demandante estuvo inicialmente afiliada al RPMPD mediante el I.S.S. (Hoy COLPENSIONES) y con solicitud de vinculación o traslado N° 13268793 del 29 de mayo de 2.009, solicitó cambio de régimen con afiliación a PORVENIR SA, lo cual se hizo efectivo el 01 de julio de 2.009, encontrándose con afiliación activa en esa AFP al momento de presentar la demanda.

Se resalta que el traslado de régimen pensional se dio con el diligenciamiento del formulario de solicitud de vinculación a PORVENIR SA, de fecha 29 de mayo de 2.009, que fue suscrito por la demandante y no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido en ese momento; es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en la demandante, es decir, la señora ARLETH ZAPATA CASTELLANOS, no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario por medio del cual se trasladó de régimen pensional, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de

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

Como se explicó, no obra prueba alguna que dé cuenta si PORVENIR SA brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para mayo de 2.009 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV) debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo anterior, en su momento PORVENIR SA no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, pero sobre el momento del traslado solo reposa en el plenario el formato de vinculación suscrito, que se corresponde con un modelo pre-impreso, del que no se infiere con certeza que fuera estudiada la situación pensional particular de la demandante y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a ARLETH ZAPATA CASTELLANOS, 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 sí sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

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

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta de la demandante, se ha concluido que PORVENIR SA incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el año 2.009, 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 de la afiliada, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con

Prestación Definida de COLPENSIONES. Los cuáles están en custodia de la Administradora y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

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

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

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha 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 argumentos sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

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

Lo anterior, además, permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar a la demandante desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 2.009 en esa entidad.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que “a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad por la demandante pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 18 de noviembre de 2.022. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, al no haber prosperado sus recursos 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 18 de noviembre de 2.022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

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

Tercero: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

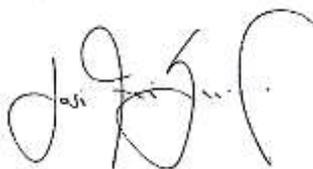
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belen Quintero G.

**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA**



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



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**



República de Colombia

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

SALVAMENTO DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Radicado: n.º 54001310500320210018201

Partida Tribunal: 20567

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ARLETH ZAPATA CASTELLANOS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

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

Sea oportuno señalar, que si bien el suscrito Magistrado, 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, en 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.

Así las cosas, para el suscrito Magistrado, surgen interrogantes como: **¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante, quien para el 1.º de abril de 1994, ni siquiera se encontraba afiliada al Sistema General de Pensiones, e inició la formación de su derecho de pensión sólo a partir del día 6 de noviembre de 1997?** (Las negrillas son mías).

En esa medida, para el mes de abril de 1994, la demandante no se encontraba afiliada a ningún fondo pensional, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su traslado posterior a PORVENIR S.A., le cercenó ese derecho.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452-2019, se debe advertir que no se desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad; sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, per se, no afecta, ni la validez, ni la eficacia del acto jurídico mismos de afiliación, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias

fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); no obstante, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Además de lo anterior, no se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 ídem.

Tampoco, se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la A.F.P. PORVENIR S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

En los anteriores términos, presento mi salvamento 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