



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

E D I C T O

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

H A C E S A B E R:

Que el tres (3) de noviembre dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-002-2021-00053-01 P.T. No. 20.594

NATURALEZA: ORDINARIO.

DEMANDANTE JACQUELINE SÁNCHEZ CALVO.

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRAS.

FECHA PROVIDENCIA: TRES (3) DE NOVIEMBRE DE 2023.

DECISION: **“PRIMERO: Modificar** el numeral segundo de la sentencia apelada el cual quedará así: **Ordenar** a PROTECCIÓN devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, como los dispone el artículo 1747 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado en virtud del regreso automático al régimen administrado por COLPENSIONES. Así mismo, **ordenar** a las AFP PORVENIR y PROTECCIÓN, a asumir de forma indexada los deterioros sufridos por el bien administrado en caso de que se hubieren causado y devolver a COLPENSIONES todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y demás conceptos establecidos en los artículos 20 y 60 de la Ley 100 del 93, efectuados en el Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad a cada cotización aportada a nombre de la demandante, los cuales serán asumidos por el patrimonio de cada entidad respecto del tiempo que estuvo afiliada la actora a cada una de estas. **SEGUNDO: Confirmar** en los demás aspectos la sentencia de fecha 07 de junio de 2.023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia. **TERCERO: Condenar en costas de segunda instancia** a COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN; se fijan como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$250.000) a cargo de cada demandada y a favor de la demandante. **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 diez (10) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

El presente edicto se desfija hoy quince (15) de noviembre de 2023, a las 6:00 p.m.

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'R. Gutiérrez Velasco'.

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DE DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2021-00053-01
RADICADO INTERNO:	20.594
DEMANDANTE:	JACQUELINE SANCHEZ CALVO
DEMANDADAS:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. 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, PORVENIR y PROTECCIÓN, así como el grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 07 de junio de 2.023 que fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

La señora JACQUELINE SANCHEZ CALVO por intermedio de apoderada judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN, solicitando que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que efectuó del RPMPD al RAIS y se les ordene a las demandadas realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para el asunto; en consecuencia, PROTECCIÓN traslade al RPMPD la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual y una vez sean recibidos por COLPENSIONES, esa entidad proceda a corregir y actualizar su historia laboral, además la admita sin solución de continuidad.

Como pretensión subsidiaria solicita que se declare que PROTECCIÓN con ocasión a la indebida y nula información suministrada al momento del traslado efectuado, le ocasionó perjuicios que deben ser reparados. Por ende, pide que se condene a la AFP a reconocer a manera de indemnización la pensión por vejez en las mismas condiciones y circunstancias a que tenía derecho si se hubiese pensionado en el RPMPD. Como pretensión subsidiaria a la anterior, solicita que se ordene a PROTECCIÓN reconocer la diferencia entre el valor de la pensión por vejez que deba ser reconocida por el RAIS y la mesada pensional que le correspondería en el RPMPD, dineros que deben ser recibidos mediante un cálculo actuarial o con la mesada pensional de forma vitalicia.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata:

- Que nació el 15 de octubre de 1.965 y en el año 2.022 cumplió la edad mínima requerida dentro del RPMPD para acceder a la Pensión de Vejez.

- Que se afilió al RPMPD el 01 de mayo de 1.985, al cual cotizó por medio de diversos empleadores un total de 122 semanas.

- Que se trasladó al RAIS mediante afiliación a PROTECCIÓN. Que la aparente decisión libre y voluntaria de traslado de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió.

- Que posteriormente realizó traslado a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR, el cual resultó anulado por multifiliación, como se demuestra con la contestación efectuada por esa entidad el 21 de enero de 2.020.

- Que desde su afiliación al RAIS ha cotizado más de 1.301 semanas, por lo que a la fecha de presentación de la demanda había cotizado al Sistema General de Pensiones con los dos regímenes más de 1.423 semanas.

- Que el 03 de febrero de 2.020 PROTECCION le entregó la simulación de su pensión de vejez en el RAIS, la cual arrojó un valor de \$877.803 como garantía de pensión mínima a la edad de 57 años. Que ese mismo día esa AFP le expidió la simulación de su pensión de vejez en el RPMPD conforme a su Historia Laboral; que al ser su IBL de \$3.712.065, al aplicarle una tasa de reemplazo del 70.89 %, su mesada pensional en Colpensiones es de aproximadamente \$2.631.319.

- Que el 17 de enero de 2.020 elevó derecho de petición al Fondo de Pensiones PROTECCIÓN SA solicitando la nulidad del traslado de régimen y al Fondo de Pensiones PORVENIR solicitando información de la afiliación. Que en la misma fecha solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen y que procediera a afiliarla sin dilaciones, petición a la cual le correspondió el radicado 2020-684174.

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

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la actora, las semanas que ella ha cotizado en el Sistema General de Pensiones con el RPMPD y el RAIS, que esa entidad le expidió la simulación de la pensión de vejez en ambos regímenes pensionales y que la demandante solicitó ante esa administradora la nulidad del traslado de régimen. Que los demás hechos no son ciertos o no le constan.

- Que se opone a las pretensiones principales de la parte actora por carecer de sustento factico y jurídico, y porque esa administradora está sometida al imperio de la ley y solo puede reconocer las prestaciones económicas que cumplan con los presupuestos previamente establecidos por el legislador.

- Que se opone a las pretensiones subsidiarias porque la demandante no acreditó algún perjuicio y el ordenamiento jurídico es claro al indicar que no basta con solicitar el resarcimiento de estos para que sean concedidos. Que en este caso la decisión de trasladarse al RAIS es imputable a la demandante, sin que de esto se derive un perjuicio, teniendo en cuenta que con ello no pierde su derecho a obtener una pensión en el RAIS al momento de cumplir con los requisitos establecidos. Que las figuras de las pensiones de invalidez, vejez y muerte y la indemnización de perjuicios son disyuntivas jurídicamente, al igual que la legislación del RAIS y del RPMPD.

- Que el funcionamiento del RAIS esta reglado en la ley y no puede alegarse su desconocimiento según el artículo 9. ° del Código Civil, para afirmar que hubo inobservancia y transgresión al deber de información.

- Que cuando se realizó el traslado del RPM al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige desde el año 2.008, para esa época se encontraban vigentes el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el artículo 13 de la Ley 100 de 1.993 en su versión original y el artículo 1 del Decreto 1161 de 1994, disposiciones que establecían obligaciones de dar información acerca de los traslados pero eran de carácter abstracto, no establecían los mínimos o máximos que debían cumplir los fondos de pensiones para entenderse que se habría producido el traslado en debida forma. Que el artículo 11 del Decreto 692 del 94 estableció como única prueba la

suscripción de un formulario de afiliación y determinó su contenido, el cual era aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia. Resaltó que la afiliación se efectuó libre de presiones, de manera voluntaria y espontánea, acorde con los principios de libertad de la Ley 100 de 1993, como consta en el texto del formulario de afiliación.

- Que el término para ejercer la acción de nulidad de la afiliación se encuentra prescrito de acuerdo al artículo 2536 del Código Civil, modificado por el artículo 8 de la Ley 91 de 2002, norma aplicable por analogía al procedimiento laboral. Que de la fecha de afiliación por traslado de régimen (19 de mayo de 1994) a la fecha de presentación de la demanda (septiembre de 2018), ha transcurrido un término superior a 24 años y la acción ordinaria de nulidad invocada prescribe en el término de 10 años.

- Propuso las excepciones de mérito de: Inexistencia de la obligación; prescripción; buena fe; 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; y la innominada.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al RPMPD, las semanas que cotizó en dicho régimen y que ella solicitó a esa entidad el traslado de régimen. Respecto a los demás hechos manifestó que no le constan.

- Solicitó ser absuelta y expresó rechazo a las pretensiones de la demanda, argumentando que a la parte actora no le asiste el derecho reclamado, teniendo en cuenta que, a la fecha, el traslado efectuado al RAIS goza de plena validez, ya que el mismo se realizó en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen establecido en el artículo 13 literal B de la Ley 100/93, además se evidencia la manifestación libre y voluntaria de la demandante de permanecer en dicho régimen y a su vez, la validez del formulario de afiliación que perfeccionó tal voluntad, y no basta la simple afirmación de “no haber recibido una debida información” al momento de realizarse el traslado. Además, la demandante esta incurso en lo establecido por el literal B) del art. 13 de la ley 100 de 1993 y el literal ME) modificado por la Ley 797 de 2003, por estar a menos de 10 años para pensionarse.

- Resaltó que esa entidad no intervino al momento de brindar información a la demandante, simplemente acató su voluntad de trasladarse de régimen pensional conforme a la normatividad. Que, una vez revisado el acervo probatorio, no se encuentra elemento que permita dar cuenta que, se presentó una falta de información por parte del fondo privado al momento de llevarse a cabo la suscripción del formato de afiliación al RAIS.

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

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

- Destacó que reconocer la nulidad o ineficacia del traslado solicitada y trasladar a COLPENSIONES la totalidad de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados, atenta contra la estabilidad del sistema pensional

colombiano administrado por esta, pues al permitirsele dicho traslado a la demandante después de vencida la oportunidad legal para ello, transgrede la finalidad constitucional del término establecido en la norma. Según la Corte Constitucional, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

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

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

En audiencia realizada el 02 de junio de 2.022 se adelantaron las etapas procesales correspondientes y se profirió sentencia de primera instancia por medio de la cual se declaró la ineficacia de la afiliación de la señora JACQUELINE SANCHEZ CALVO a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN SA y, en consecuencia, que para todos los efectos legales el traslado al RAIS no surtió efectos, por lo que se ordenó la devolución al RPMPD de los aportes que la actora hizo a la AFP demandada, con sus frutos e intereses, debiendo asumir ese fondo las mermas que hubiera sufrido dicho capital y las costas del proceso. Contra esta decisión interpusieron recurso de apelación PROTECCIÓN SA y COLPENSIONES, siendo esta última a su vez, beneficiaria del grado jurisdiccional de consulta. El 02 de noviembre de 2.022, en el trámite de segunda instancia, se profirió auto mediante el cual se declaró oficiosamente la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia de fecha 08 de febrero de 2.022, por no haberse integrado adecuadamente el litisconsorcio necesario por pasiva y se ordenó la vinculación de la AFP PORVENIR SA. El juzgado de primera instancia dio cumplimiento a lo anterior mediante auto de fecha 07 de febrero de 2.023.

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

- Que es cierto que esa AFP procedió con la anulación de la cuenta de ahorro de la actora como quiera que se evidenció multifiliación, razón por la cual dicha afiliación no surtió efecto jurídico alguno y esto fue comunicado a la demandante el 21 de enero de 2020. Que su representada cumplió con la decisión impartida por el Comité de Multifiliación, quien determinó que el fondo al cual debía estar afiliada la demandante era PROTECCION SA.

- Que se opone a las pretensiones formuladas en la demanda que pretendan cualquier tipo de consecuencia jurídica o económica contra esa AFP y solicita ser absuelta, debido a que la actora se encuentra válidamente vinculada al RAIS como quiera que de manera libre y voluntaria fue quien decidió tomar la decisión de afiliarse a ese régimen, previa asesoría verbal en cumplimiento de las obligaciones vigentes al momento del traslado y existe un documento de vinculación con el lleno de los requisitos legales, aunado a que no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, tampoco logra acreditar el supuesto perjuicio ni los demás requisitos de la teoría del daño y no puede considerarse como daño la supuesta diferencia en el monto de la mesada pensional, pues no es posible obtener resultados iguales en dos regímenes sustancialmente diferentes.

- Señaló que la parte actora, quien es la mayor interesada en su situación pensional, actuó de forma poco diligente frente al traslado realizado y solamente después de muchos años mostró un inusitado interés. Que es evidente que la demandante ha desarrollado varias actuaciones que demuestran su interés en formar parte del RAIS, por lo que debe tenerse en cuenta lo explicado por la Sala

Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre los actos de relacionamiento, de lo que se colige que cualquier vicio o deficiencia que pudiera existir en el acto de traslado de régimen, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1743 del Código Civil, debe entenderse saneado no solo por el paso del tiempo, sino también por la ratificación del demandante.

- Que no hay norma legal que establezca la ineficacia de un traslado de régimen de pensiones por ausencia de información completa al afiliado. Que la relación jurídica de afiliación al sistema de seguridad social es de carácter administrativo y no contractual, por lo tanto, no existe debilidad negocial del afiliado o posición dominante por parte de la administradora de fondo de pensiones, por ello no es posible negociar las condiciones y efectos de la afiliación, pues estos están impuestos por la ley.

- Que en caso de que se declare la nulidad o la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, no resulta viable que se ordene a la administradora demandada la devolución de los gastos destinados a la administración y de las sumas que ha pagado por concepto de primas de los seguros previsionales que ha estado obligada a contratar, pues como efectos de la ineficacia deben existir restituciones mutuas al tenerse en cuenta que, respecto de COLPENSIONES, la AFP ha actuado como un agente oficio involuntario, en los términos establecidos por los artículos 2304 y 2310 del Código Civil, en cuanto, creyendo administrar su propia actividad, administró los negocios de otro y, luego de declarada la ineficacia del acto termina entregando unos rendimientos superiores a los que habrían tenido los aportes de haber sido gestionados por el encargado. Si ello es así, esa agencia oficiosa involuntaria debe dar lugar al reembolso de la utilidad efectiva obtenida.

- Propuso las excepciones de fondo de: Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, inexistencia de los perjuicios reclamados y buena fe.

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, PORVENIR y PROTECCIÓN, contra la sentencia del 07 de junio de 2.023 que fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en sentido estricto de la afiliación de la señora JACQUELINE SANCHEZ CALVO a la Administradora de Fondos COLMENA, hoy PROTECCIÓN SA, suscrita el 05 de mayo del año 1994, por los motivos expuestos. En consecuencia, declarar que, para todos los efectos legales, el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no surtió efectos.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones PROTECCIÓN SA y PORVENIR SA, devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida todos los valores que hubieran recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, como los dispone el artículo 1747 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. Así mismo, asumir con su patrimonio los deterioros sufridos por el bien administrado en caso de que se hubieren causado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado la financiación de la pensión de vejez por los gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 20 y 60 de la ley 100/1993 en que hubiera incurrido, inclusive de manera indexada.

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

CUARTO: CONDENAR en costas a cada una de las entidades demandadas. Fijar como agencias en derecho en favor de la parte demandante la suma de 1 SMMLV y en contra de cada una de las demandadas.

QUINTO: REMITIR el presente expediente a la Oficina Judicial para que surta el grado jurisdiccional de consulta.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que no estaba en discusión que la demandante se afilió inicialmente al RPMPD a través del ISS y en mayo del año 1.994 solicitó su traslado al RAIS a través del Fondo de Pensiones COLMENA, hoy PROTECCIÓN SA, en donde se encontraba afiliada, e igualmente que reportó una afiliación al Fondo de Pensiones PORVENIR SA. Que se debía establecer si a la demandante le asistía el derecho de retorno al RPMPD, para lo que se determinaría si el traslado que efectuó al RAIS surtió efecto o, por el contrario, era ineficaz, inexistente o nulo.

- Estudió la validez de la afiliación a los regímenes del sistema general de pensiones, a partir del análisis de las características del mismo dispuestas en el artículo 13 de la Ley 100 de 1.993. Recordó el artículo 271 ibídem, en el que se establece que la consecuencia de atentar contra el derecho de afiliación de forma libre y voluntaria, es dejarla sin efecto y que podrá realizarse nuevamente. Así mismo, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto del traslado, por ello, el examen del acto del cambio de régimen pensional por transgresión del deber de información debe abordarse desde esa institución y no desde el régimen de las nulidades o la inexistencia, como se señala en las sentencias SL1688, SL1689 y SL3464 del 2019, proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

- Sostuvo que se observa en el folio 03 del archivo 17 del expediente digital, el formulario de vinculación de la accionante a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN SA y el traslado entre regímenes pensionales efectuado el 05 de mayo de 1.994, el cual aceptan las partes fue suscrito por la demandante y en el que se dejó plasmado que su traslado al RAIS se dio de manera voluntaria, esto es que se realizó de forma libre y sin presiones; lo que no se encuentra debidamente acreditado con el acervo probatorio, toda vez que la información que debió ser suministrada no es una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación.

- Que en virtud de la carga de la prueba en cabeza de PROTECCIÓN SA, esa entidad no aportó ningún elemento probatorio con la intención de acreditar que suministró a la demandante la información necesaria y relevante sobre postulados claros y objetivos respecto al traslado de régimen pensional, pues únicamente allegó pruebas documentales que dan cuenta de los aportes efectuados por la parte actora y el movimiento individual de los mismos; que esa carga probatoria no se puede sustraer del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, pues en su declaración reiteró la falta de información al momento del traslado.

- Que ante la falta del cumplimiento del deber de información se declara la ineficacia del traslado al RAIS de la demandante. Resaltó que la actuación viciada del traslado del RPMPD al RAI, no se convalida con los traslados de administradoras dentro de este último régimen y que la viabilidad del retorno al RPMPD no depende de situaciones particulares como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencias C-789 de 2.002 y C-1024 de 2.004, porque conforme a la jurisprudencia actual la violación al deber de información puede darse si la persona tiene o no un derecho consolidado, es o no beneficiaria del régimen de transición, o está cerca o no de cumplir la edad para pensionarse. Que por lo expresado se despachan de manera desfavorable las excepciones de mérito planteadas por las demandadas. Señaló que la actuación viciada del traslado del RPMPD no es objeto de la figura de la prescripción, conforme a la sentencia SL1689 del año 2019 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

- Que teniendo en cuenta que la anterior decisión conlleva el retorno de la demandante al RPMPD en su estado original, se emiten las ordenes correspondientes a las AFP para la devolución de todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, con sus frutos e intereses, y por el incumplimiento del deber de información, deben responder con cargo a su propio patrimonio por las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez,

siguiendo las reglas del artículo 1746 del Código Civil, inclusive de manera indexada conforme a la sentencia SL5686 de 2.021 y de acuerdo a lo establecido en la sentencia SL 2877 de 2.020.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada COLPENSIONES:

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

- Que disiente de la decisión adoptada ya que se demostró que sí hubo una debida, comprensible y suficiente información al momento de llevarse a cabo la afiliación inicial al régimen y se evidencia que no hubo interés por parte de la accionante de verificar e indagar la veracidad de lo informado, quien debió hacer su traslado en el término que otorga la ley y tenía conocimiento de las condiciones en que se encontraba afiliada.

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

- Respecto a la condena en costas manifestó que es innecesaria pues COLPENSIONES no fue determinante en el traslado de régimen y este no procede cuando faltan 10 años o menos para pensionarse, además esa administradora se encontraba sujeta a lo que normativamente está instituido.

3.2 De la demandada PROTECCIÓN:

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

- Que se ordene solo la devolución de los aportes, más no los rendimientos financieros y en ningún caso devolver conjuntamente los rendimientos y la comisión de administración, toda vez que se trata de prestaciones ya acaecidas y no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual produjo unos rendimientos gracias a la buena gestión de PROTECCIÓN, la cual a su vez cobro esa comisión para hacer rentar dichos dineros, por lo tanto son conceptos excluyentes, es decir, que no se pueden devolver los dos a la afiliada porque se estaría desconociendo el trabajo y las gestiones que ha hecho esa administradora.

3.3 De la demandada PORVENIR:

El apoderado de PORVENIR interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que su representada es ajena al trámite del traslado de régimen realizado en el año 94 entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y PROTECCIÓN, AFP a la cual se vinculó y permaneció afiliada la demandante, por lo que las pretensiones de la demanda se encuentran dirigidas contra un tercero ajeno a PORVENIR de acuerdo con la manifestado en la misma y las pruebas aportadas, esto por las diferentes cesiones de COLMENA a ING que fue absorbido por PROTECCIÓN.

- Reiteró que la actora se encontró incurso en el fenómeno de multivinculación, el cual fue resuelto mediante un Comité de Desvinculación en el que se determinó como única afiliación válida la realizada a PROTECCIÓN desde el año 94. Que inicialmente las decisiones adoptadas por el respectivo comité para definir el conflicto de la multivinculación no pueden ser modificadas por justicia ordinaria.

- Que la actora nunca hizo parte de PORVENIR y ordenar reintegrar rendimientos y/o gastos de administración sería una condena de imposible cumplimiento para su representada, toda vez que como se adujo a través de respuesta del 21 de enero del 2020, la cuenta de ahorro individual de la actora, cuyo número era 7215474, se encontraba anulada por multivinculación y como se puede apreciar en la relación histórica de movimientos de la cuenta para el año 99, todos los aportes fueron directamente girados por parte del empleador a PROTECCIÓN, encontrándose que no se probó que PORVENIR hubiese inferido en dicho traslado.

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:** La apoderada de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia, argumentando que traslado se dio sin un consentimiento informado a la Señora JACQUELINE SANCHEZ CALVO, consentimiento que efectivamente debe de estar presente ante una decisión tan trascendental para una persona, como es su futuro pensional, que es el que viene a garantizar la vejez y calidad de vida de los afiliados.

Que, respecto a la falta de información, se tiene importante jurisprudencia en la misma línea por parte de la Corte Suprema de Justicia, fallos que datan del año 2008 y hasta el 2020, donde cada vez se ha venido ampliando y reiterando en debida forma que la suscripción del formulario de afiliación por parte de afiliado por sí solo, no es prueba de que se realizó una debida asesoría. Que de la lectura de sentencias proferidas por el órgano de cierre se puede extraer que: es posible declarar la ineficacia estando o no consolidado un derecho, es posible declarar la ineficacia estando o no en transición (qué sería el tema de estudio) y el traslado de la carga de la prueba a las AFP y en favor del afiliado.

- **Demandada:** El apoderado de COLPENSIONES solicita que no se acceda a las pretensiones de la demanda, argumentando que podemos dentro del sistema de seguridad social en pensiones opera el derecho a la libre escogencia de régimen pensional, con dos limitaciones precisas, (i) La primera, consistente en un período mínimo de permanencia de 5 años. (ii) La segunda, evitando el traslado cuando de aquellos afiliados a los que le faltaren 10 años o menos para adquirir el derecho a la pensión de vejez, después de un año de vigencia de la Ley 797 de 2003.

Que, en los eventos de traslado de Régimen, los diferentes despachos judiciales sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierten la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y eximen al demandante de aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante. Resaltó frente a la posesión de la prueba en una de las partes, que hasta el año 2016 los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS.

Que existe en el fallo de primera instancia un claro desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones - Art. 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 y no hay lugar a la condena en costas.

- La apoderada judicial de PORVENIR solicita que se revoque el fallo de primera instancia, argumentando que esa AFP cumplió a cabalidad la obligación de dar

información a la demandante en los términos y condiciones en que estaba establecida para la fecha de la afiliación, así mismo que la demandante suscribió formulario de afiliación que cumple con todos los requisitos del artículo 11 del decreto 692 de 1994, hecho que demuestra de manera inequívoca la voluntariedad de la afiliación al RAIS, adicionalmente la actora es completamente capaz en los términos del art. 1502 y 1503 del Código Civil, eligiendo de manera libre y sin ningún tipo de coacción pertenecer al Régimen de ahorro individual durante gran cantidad de años, sin realizar ningún tipo de queja, inconformidad o reclamo.

Que es evidente de conformidad con el escrito de demanda, que lo que motivó al demandante a solicitar la ineficacia del traslado al RAIS, no reposa en la forma en cómo se produjo el traslado, sino en el supuesto de hecho de no cumplir con las expectativas frente al monto de su pensión, lo que no puede entenderse como un engaño para el afiliado según reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Que si el juez de primera instancia consideró que la demandante cumplió con los requisitos para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, la consecuencia jurídica es entender que nunca estuvo afiliada al RAIS, lo que significaría que sus aportes nunca ingresaron a una cuenta de ahorro individual administrada por su representada, de esta manera, no es posible que se devuelva la suma por concepto de rendimientos, ya que estos solo se generaron gracias a la debida gestión de la AFP, y no se causan en el RPM.

Que, en el RAIS los aportes de los afiliados tienen además del porcentaje con destino a la cuenta de ahorro individual, otro con destino a los gastos de administración, a la prima de reaseguros de Fogafin y a las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, y como esa AFP cumplió con las obligaciones derivadas de la administración de los aportes obligatorios de la demandante, los cuales incluso le generaron rendimientos, no puede desconocerse de ninguna manera tal gestión y condenar eventualmente al pago de dicho concepto. Que tampoco es procedente que se ordene a su representada restituir el bono pensional, por cuanto de existir dicho bono, deberá ser devuelto a quien lo expidió, es decir, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y no a Colpensiones. Que tampoco resulta viable la orden impartida respecto de la indexación de las sumas a retornar, toda vez que, con el traslado de los rendimientos ya ordenados por el A quo se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en el capital del afiliado.

- El apoderado judicial de PROTECCIÓN solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a su representada, argumentando que la demandante invoca el derecho a un traslado de régimen, el cual no es procedente teniendo en cuenta que está a menos de 10 años para cumplir con la edad requerida para tener el derecho a la pensión de vejez, circunstancia que le impide retornar a COPENSIONES según el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, modificado por el artículo 2. ° de la Ley 797 de 2.003. Resalto que PROTECCIÓN actúa de buena fe.

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 JACQUELINE SANCHEZ CALVO del RPMPD al RAIS, realizado a través de la AFP COLMENA, 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 JACQUELINE SANCHEZ CALVO 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 PROTECCIÓN SA, o si por su ausencia, procede la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el juez a quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia, dado que desde la creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones, estas tenían el deber de suministrar información suficiente a los usuarios para que al momento de solicitar la afiliación a dichas entidades, existiera un consentimiento informado que fuera realmente libre y voluntario, lo que no se indica con la sola suscripción del formulario, por lo que en ausencia de prueba que demostrara que efectivamente se brindó la debida información a la demandante, consideró que el traslado entre regímenes no surtió efecto, por lo que ordenó a las AFP demandadas devolver al RPMPD los aportes que la demandante hizo al RAIS, con sus frutos e intereses y asumir las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez.

A esta conclusión se opuso COLPENSIONES por estimar que se demostró que hubo una debida, comprensible y suficiente información al momento de llevarse a cabo la afiliación inicial al régimen y que se concede la ineficacia aun cuando el deseo de traslado obedece a situaciones que no tienen nada que ver con esto, pues se direcciona a recibir un mejor monto pensional en esa administradora, argumento que no es válido; así mismo, que la condena en costas es innecesaria porque esa entidad se encontraba sujeta a lo normativamente instituido y no fue determinante en el traslado de régimen.

Por su parte PROTECCIÓN, solicita que se ordene solo la devolución de los aportes, más no los rendimientos financieros y en ningún caso la devolución de estos últimos conjuntamente con la comisión de administración, toda vez que se trata de prestaciones ya acaecidas que son excluyentes y no puede desconocerse la buena gestión de esa AFP.

La demandada PORVENIR manifiesta que es ajena al trámite del traslado de régimen y que la actora se encontró incurso en el fenómeno de multivinculación que fue resuelto mediante un Comité de Desvinculación en el que se determinó como única afiliación válida la realizada a PROTECCIÓN desde el año 94, por lo que la demandante nunca hizo parte de esa AFP, motivo por el cual ordenar reintegrar rendimientos y/o gastos de administración sería una condena de imposible cumplimiento.

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

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

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando

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

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

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

Al respecto la sentencia SL1452 de 2019 hace un recuento de las etapas de este deber de información, reiterando que surge con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y que sus decisiones previas identifican que inclusive en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, numeral 1º del artículo 97 impone a las entidades el deber de suministrar la información necesaria a los usuarios para las operaciones que realicen y que ello implica entender la transparencia como *“una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”*.

Prosigue la Corte identificando las normativas de diversa índole que se han proferido desde entonces para garantizar el cumplimiento de este deber a favor de los afiliados, imponiendo 3 puntos fundamentales:

(i) La constatación del deber de información es ineludible, pues si desde el principio las AFP tenían el deber de brindar información con el paso del tiempo este grado de exigencia se ha intensificado y los jueces tienen el deber *“de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información**”* dado que *“el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”*, de manera que *“si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo”* el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

De ahí que, siendo los fondos privados quienes tienen a cargo la obligación de asesorar a los futuros afiliados en los términos indicados, y cuentan con los medios técnicos y con los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, son estos, los que en el proceso judicial deben acreditar que la información dada al cotizante satisface las exigencias legales, para establecer así la existencia o no de error en la voluntad del afiliado. Es decir, hay una inversión de la carga de la prueba, determinada por la mejor posición para probar de las AFP. Luego, estas entidades deben detallar plena y fehacientemente a quienes pretendan pertenecer al sistema de ahorro individual: (i) las diferencias en cada uno de los sistemas pensionales, (ii) las proyecciones de la mesada por vejez que podrían recibir tanto en el RAIS como en el RPM, y (iii) las implicaciones y la conveniencia de optar por uno u otro régimen pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”* y por lo tanto *“si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca”*, máxime cuando el deber de información *“es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la AFP COLMENA, 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 nació el 15 de octubre de 1.965. Que se afilió al RPMPD el 01 de mayo de 1.985 y se trasladó al RAIS mediante afiliación a PROTECCIÓN, no obstante, esa aparente decisión libre y voluntaria no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió. También indicó que posteriormente realizó traslado a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR, el cual resultó anulado por multiafiliación de acuerdo a contestación efectuada por esa entidad el 21 de enero de 2.020. Finalmente expresó que el 17 de enero de 2.020 elevó derecho de petición ante las demandadas, solicitando información sobre su afiliación y la nulidad del traslado de régimen.

De las pruebas documentales allegadas al proceso, entre las que se encuentran: historias laborales, certificado SIAFP, constancia de traslado de aportes, simulación pensional y los formularios de vinculación a las AFP COLMENA y HORIZONTE, se puede evidenciar que la demandante estuvo inicialmente afiliada al RPMPD mediante el I.S.S. (hoy COLPENSIONES) y el 05 de mayo de 1994 solicitó traslado de régimen a través de la AFP COLMENA, lo que se hizo efectivo el 1. ° de junio de 1994; así mismo, que posteriormente dentro del RAIS ha estado vinculada a ING y a PROTECCIÓN, debido a que se presentó cesión por la fusión entre los fondos privados mencionados, encontrándose con afiliación activa al momento de presentar la demanda con la última AFP indicada. Respecto a la afiliación que la actora

presentó con la AFP HORIZONTE, se observa en el historial de vinculaciones que la misma fue anulada.

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, al corresponder cualquier responsabilidad sobre la actual afiliación de la actora a la aquí demandada. 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 respecto a dicha entidad.

Se resalta que el traslado de régimen pensional se dio con el diligenciamiento del formulario de solicitud de vinculación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN SA, de fecha 05 de mayo de 1.994, 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 JACQUELINE SANCHEZ CALVO, 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 COLMENA, hoy PROTECCIÓN SA, para mayo de 1.994 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 COLMENA, hoy PROTECCIÓN 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 JACQUELINE SANCHEZ CALVO 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 este elemento probatorio es insuficiente para enervar las pretensiones.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales de los recursos de apelación de las demandadas son

desestimados, pues para enervar la decisión debían enfocarse en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que para este caso le correspondía a PROTECCION SA y en menor medida a las administradoras siguientes, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

Por otra parte, sobre la prescripción alegada por la parte demandada, se advierte que, al tratarse el presente asunto de una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental de la Seguridad Social, su exigibilidad puede darse en cualquier momento en aras de obtener su integro reconocimiento. Por lo tanto, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en los fondos privados por cambio de régimen pensional no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales 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 de la actora, se ha concluido que COLMENA, hoy PROTECCIÓN 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 1994, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral, donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: *«...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...»*.

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

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

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

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este

último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

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

Por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, se deben devolver completamente todas las prestaciones recibidas del afiliado, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de COLPENSIONES. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

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

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

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones **la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).**”*

Con todo, se concluye sin mayor elucubración que, existe la obligatoriedad de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que, desde su creación fue ineficaz, por lo cual, es claro para esta Sala de Decisión a partir de lo expuesto,

que la ineficacia del traslado genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y estas deben ser cubiertas por el receptor de las mismas en el momento que duró cada afiliación.

Ahora bien, respecto de los demás argumentos de los apelantes sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”

De lo anterior se desprende, que por los efectos ex tunc de la declaratoria de ineficacia, PROTECCION y PORVENIR, están llamadas a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

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 1.994 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, es importante traer a colación lo indicado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 2877 de 2.020 a través de la cual cita el pronunciamiento realizado por esa misma corporación en el rad. 31989 del 09 sep. 2.008, en el que precisó: *“la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”*.

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

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

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

Es decir, que la ineficacia envuelve o consiste en estimar que el acto no se celebró y, por consiguiente, no puede producir efectos, en la medida que fue realizado en

contravención a los mandatos legales y obviando los requisitos y presupuestos establecidos.

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

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

Ahora, tal y como lo manifestó el apoderado de PORVENIR, en comunicación de fecha 21 de enero de 2.020, esa AFP le informó a la demandante que tenía una cuenta con N° 7215474 que se encontraba en estado “anulada por multiafiliación” en virtud de la solución al conflicto que se presentó con su solicitud de vinculación, lo cual está respaldado por la información consignada en el SIAFP, en el que se registró la anulación de la afiliación que la demandante había realizado con HORIZONTE, hoy PORVENIR, en el año 1995, por lo que solo se registran como válidas las afiliaciones que la parte actora tuvo con la AFP COLMENA, que pasó a ser ING y posteriormente PROTECCIÓN SA, lo que conllevó a que PORVENIR trasladara a las entidades mencionadas los valores de la cuenta de ahorro que la actora tenía en esa AFP, como se registró en el informe que emitió al respecto.

No obstante, se observa en la historia laboral emitida por PROTECCIÓN, que durante los meses de marzo de 1995 a mayo de 1997 los aportes a pensión de la demandante fueron realizados a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR, por lo que durante ese periodo dicho fondo privado ejerció la administración sobre los mismos.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá modificar la orden emitida en primera instancia en cuanto a que PROTECCIÓN, por ser la entidad en la que la demandante tiene activa su cuenta de ahorro individual es la AFP que debe devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, como los dispone el artículo 1747 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado en virtud del regreso automático al régimen administrado por COLPENSIONES. Así mismo, las AFP PORVENIR y PROTECCIÓN, deben asumir de forma indexada los deterioros sufridos por el bien administrado en caso de que se hubieren causado y devolver a COLPENSIONES todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y demás conceptos establecidos en los artículos 20 y 60 de la Ley 100 del 93, efectuados en el Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad a cada cotización aportada a nombre de la demandante, los cuales serán asumidos por el patrimonio de cada entidad respecto del tiempo que estuvo afiliada la actora a cada una de estas.

En lo demás se confirma la decisión adoptada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 07 de junio de 2.023. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN 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 el numeral segundo de la sentencia apelada el cual quedará así: **Ordenar** a PROTECCIÓN devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como

cotizaciones y bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, como los dispone el artículo 1747 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado en virtud del regreso automático al régimen administrado por COLPENSIONES. Así mismo, **ordenar** a las AFP PORVENIR y PROTECCIÓN, a asumir de forma indexada los deterioros sufridos por el bien administrado en caso de que se hubieren causado y devolver a COLPENSIONES todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y demás conceptos establecidos en los artículos 20 y 60 de la Ley 100 del 93, efectuados en el Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad a cada cotización aportada a nombre de la demandante, los cuales serán asumidos por el patrimonio de cada entidad respecto del tiempo que estuvo afiliada la actora a cada una de estas.

SEGUNDO: Confirmar en los demás aspectos la sentencia de fecha 07 de junio de 2.023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

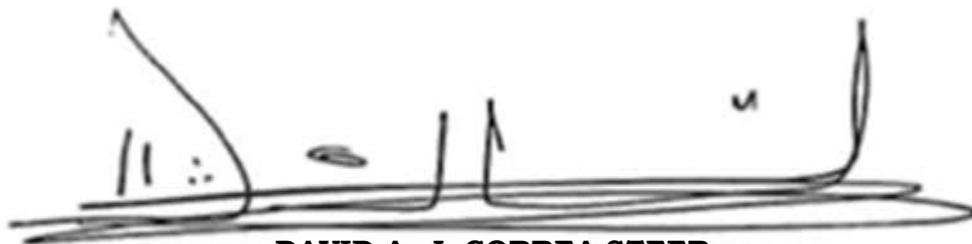
TERCERO: Condenar en costas de segunda instancia a COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN; se fijan como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$250.000) a cargo de cada demandada y a favor de la demandante.

CUARTO: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

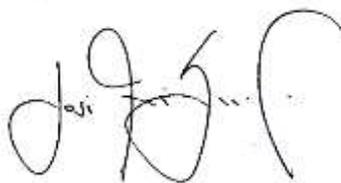
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belen Quintero G.

**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA**



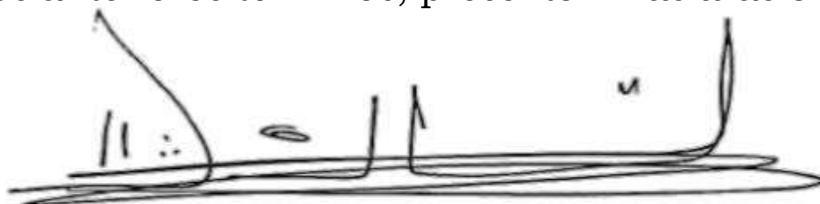
**DAVID A. J. CORREA STEER
MAGISTRADO
ACLARO VOTO**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**

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

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado