



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 cuatro (4) de diciembre dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-001-2020-00312-01 P.T. No. 20.672
NATURALEZA: ORDINARIO.
DEMANDANTE JOSE LUIS OMAÑA CARDENAS.
DEMANDADO: COLPENSIONES y OTRAS.
FECHA PROVIDENCIA: CUATRO (4) DE DICIEMBRE DE 2023.

DECISION: “**PRIMERO: MODIFICAR** la orden emitida en primera instancia respecto a las mermas sufridas por el capital destinado a financiar la pensión, en cuanto a que ambas Administradoras de Fondos de Pensiones que fueron demandadas, PROTECCION y PORVENIR, deben asumir a cargo de su propio peculio y de forma indexada, los deterioros sufridos por el bien administrado durante el tiempo que duró la afiliación del demandante con cada una de estas entidades. **SEGUNDO:** En lo demás se confirma la decisión adoptada por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 5 de diciembre de 2.022. **TERCERO: CONDENAR** en costas por la segunda instancia a favor del demandante; se fijan como agencias en derecho QUINIENTOS MIL PESOS MCTE (\$500.000) a cargo de cada una de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCION. **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 once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy trece (13) de diciembre 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, cuatro (04) de diciembre de dos mil veintitrés (2.023)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2020-00312-01
RADICADO INTERNO:	20.672
DEMANDANTE:	JOSE LUIS OMAÑA CARDENAS
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES , SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 5 de diciembre de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

El señor JOSE LUIS OMAÑA CARDENAS a través de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PORVENIR SA, solicitando que se declare que es nulo e ineficaz el traslado de régimen realizado por el demandante el 30 de septiembre de 1997, del ISS hoy COLPENSIONES a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. Como consecuencia solicita que se condene a la A.F.P PORVENIR S.A., a devolver al RPMPD administrado por COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación y/o traslado del demandante a esa entidad como; cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, desde la fecha que se produjo el traslado ineficaz y hasta que se produzca el reintegro efectivo a COLPENSIONES. De igual forme que se ordene a POVERNIR S.A, asumir a su cargo el deterioro sufrido por los dineros administrados, el cual se hubiera producido si los mismos hubiera permanecido bajo la administración de COLPENSIONES y por último que se ordene a COLPENSIONES adelantar los trámites a que haya lugar con PORVENIR S.A, para dar continuidad a la afiliación del señor JOSÉ LUIS OMAÑANA CARDENAS al RPMPD.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que se afilió a la Caja de Previsión Social del departamento de Norte de Santander el mes de junio de 1993, que posteriormente en septiembre de 1997 fue visitado por un vendedor de seguros del fondo privado de pensiones COLPATRIA hoy PORVENIR S.A, quien le propuso trasladarse del RPMPD al RAIS, en el momento de

efectuar el traslado, el funcionario de la A.F.P, no le suministro la ilustración suficiente y explicaciones necesarias, para la toma de una decisión tan importante que incidiría directamente con su derecho fundamental a la pensión.

- Que nunca recibió información de los beneficios particulares que recibiría por estar afiliado en el RIAS, en comparación con lo que recibiría en el RPMPD, ni se le realizó una proyección de su eventual pensión en cada uno de los regímenes, que lo único que le manifestó el funcionario de la A.F.P PORVENIR S.A, fue que en el RAIS el monto de su pensión sería más alta que con el ISS y que los aportes después de las 1400 semanas si se los tendrían en cuenta, por lo que de buena fe acepto suscribir los documentos para realizar el traslado al RAIS, a partir de septiembre de 1997, sin tener la suficiente información técnica que le hubiera permitido sopesar esa decisión tan importante en su vida.

- Que en al momento de presentar la demanda, el señor JOSE LUIS OMAÑA CARDENAS cuenta con 57 años de edad, por lo que no puede trasladarse voluntariamente de régimen, por lo que adelanto reclamación administrativa ante COLPENSIONES Y PORVENIR el 23 de octubre de 2020, recibiendo como respuesta la negativa de efectuar la nulidad y/o ineficacia del traslado.

La demandada **COLPENSIONES** a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la afiliación al RPMPD del demandante, al igual que es cierta la edad del demandante y que el demandante efectivamente sí realizó reclamación administrativa ante COLPENSIONES. Respecto a los demás hechos, manifestó que no le constan.

- Que se opone a la declaratoria de ineficacia de la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues goza de plena validez, teniendo en cuenta que el demandante realizó su afiliación al RAIS de manera voluntaria y autónoma, firmando formulario de afiliación al fondo privado en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93 y la afirmación de indebida y engañosa información, deberá alegarse y demostrarse en el transcurso del proceso judicial.

- Expuso que no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, 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, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.

- Señaló que el período de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia, asegurando la intangibilidad y sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de mesadas y el reajuste periódico de las mismas. Que a pesar de que los fondos privados trasladen la totalidad de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados por el periodo en que este permaneció afiliado al mismo, se genera una afectación al sistema pensional y se atenta contra la estabilidad de este, y según la Corte, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

- Respecto a la carga dinámica de la prueba, manifestó que concordancia con el artículo 167 del CGP y la Sentencia C 086 de 2016, corresponde a la parte demandante probar la supuesta indebida y engañosa información que brindó el fondo privado y que se alega en la demanda, o al fondo privado le corresponde probar que brindó la información y los elementos necesarios para que el demandante pudiera adoptar una decisión adecuada, excluyéndose de esta responsabilidad a COLPENSIONES.

- Manifestó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la 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, respecto de quienes se produce la imposibilidad de retornar al estatus quo anterior.

- Finalmente, solicitó no acceder a la condena en costas ni intereses moratorios, en razón a que esa entidad no participó en el acto que se declara nulo y/o ineficaz, y el sustento de la decisión guarda relación con una conducta desplegada por un tercero ajeno a la Administradora del RPMPD.

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

La demandada **A.F.P PORVENIR** al contestar la demanda a través de apoderado judicial manifestó:

- Que no le constan los hechos que se expresan en la demanda y que los mismos deben probarse. Se opone a las pretensiones por cuanto el traslado del RPMPD al RAIS, se realizó conforme a derecho y no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y acceder a las súplicas de la demanda sería como que el demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial.

- Que la parte demandante no realizó esfuerzo argumentativo y probatorio alguno para establecer qué clase de error se alega, ni la entidad del mismo, para poder determinar si tiene la virtualidad de anular el consentimiento, puesto que el demandante se limita en un relato difuso e impreciso a endilgarle responsabilidad a PORVENIR S.A.

- Que las pruebas documentales que aporta, en particular el formulario de vinculación o traslado suscrito por el demandante bajo la gravedad del juramento, dan constancia de que hubo una debida asesoría y que el actor tomó su decisión de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que despeja cualquier duda acerca de la posible ocurrencia de un vicio de la voluntad y hace necesaria su absolución.

- Que tan consiente y válida fue la decisión del demandante que el art. 3 del Decreto 1161 de 1994 le ofrecía la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a su elección, y no lo hizo

- Que informó a sus afiliados sobre las posibilidades de traslado de régimen a través de los canales dispuestos por esa entidad, así como él envió de los extractos trimestrales y en el año 2004 se realizó campañas a través de comunicaciones masivas a sus afiliados por medios de comunicación, informando la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en las normas y el demandante no hizo uso de ese legítimo derecho.

- Que al momento de realizarse la afiliación o traslado a esa A.F.P. 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 el 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 pensional y además, se encuentra incurso en la prohibición legal de traslado de régimen, del art. 2 de la ley 797/2003, pues está a menos de 10 años de la edad de pensión, lo que evidencia conformismo o en el peor de los casos desidia sobre el asunto y no puede ahora alegar su propia torpeza.

- Que la H. Corte Constitucional ha trazado una clara línea jurisprudencial en las sentencias SU-062/2010, C-1024/2004 y SU-130/2013 en los eventos en los cuales le es permitido a los afiliados trasladarse de regímenes en cualquier tiempo, sin estar sujetos a la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2 de la Ley 797 de 2003, estableciéndose que los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994 fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para trabajadores del sector privado o 30 de junio de 1995 para el caso de servidores públicos departamentales, municipales y distritales, pueden trasladarse en cualquier tiempo del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, lo que no está acreditado en este caso.

- Que en la sentencia de la CSJ-Sala Laboral, SL19447-2017 de fecha 27 de septiembre de 2017, Radicado No 47125, MP Gerardo Botero Zuluaga, se establece como uno de los requisitos de procedencia para declarar ineficaz la afiliación, que la insuficiencia de información impida el acceso al derecho a pensión y 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.

- Que en el remoto e improbable evento de acceder a las suplicas de la demanda, se debe considerar que de conformidad con la sentencia SU-62/2010 y el Decreto 3995/2008 es requisito *sine qua non* para que se produzca el traslado de regímenes que exista equivalencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media y de existir diferencia debe ser asumida por el afiliado, en consonancia con el art. 1746 del CC que contiene los efectos de la declaración de nulidad.

- Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

En auto de fecha 13 de junio de 2022 se admitió la contestación de las demandadas realizadas por PORVENIR Y COLPENSIONES, al igual que se ordenó integrar a **AFP PROTECCION S.A**, la cual el 26 de agosto de 2022, remitió vía correo electrónico la correspondiente contestación a la demanda, donde manifestó:

- Que no le constan ninguno de los hechos, que deben probarse cada uno de ellos y que se opone a que se acojan las declaraciones y condenas solicitadas por el demandante, por carecer de sustento fáctico y jurídico.

- Que PROTECCION S.A se encuentra sometida al imperio de la Ley y como tal solo puede reconocer las prestaciones económicas que cumplan con los presupuestos previamente establecidos por el legislador, que PROTECCION S.A previamente a realizar cualquier tipo de afiliación siempre ofrece una asesoría acompañada de profesionalismo y transparencia, dadas las constantes capacitaciones que se reciben los ejecutivos comerciales, las cuales están orientadas a un estudio profundo del Sistema General de Pensiones y al marco legal que regula el mismo, generando tranquilidad y confianza en la afiliación.

- Que de acuerdo con el Art. 1746 del Código Civil, establece que los efectos de la declaración de la nulidad da derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiese existido el acto o contrato nulo; y en el caso de las restituciones mutuas que se hayan de hacer será cada cual responsable de la pérdida de especies o su deterioro, de los intereses o los frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomando en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena fe o mala fe de las partes.

- Resalta que, en el presente caso, la parte demandante no realizó esfuerzo argumentativo y probatorio alguno para establecer la clase de error que alega, ni la entidad del mismo, para determinar si tiene la posibilidad de anular el consentimiento, a contrario sensu las pruebas que aporta PROTECCION S.A, particularmente el formulario de vinculación o traslado, suscrito por el demandante, bajo la gravedad del juramento, donde se da constancia de su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, despejando cualquier duda acerca de la posible ocurrencia de un vicio de la voluntad, por lo que se hace necesaria la absolución de PROTECCION S.A

- 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 en el remoto e improbable evento de acceder a las suplicas de la demanda, se debe considerar que de conformidad con la sentencia SU-62/2010 y el Decreto 3995/2008 es requisito *sine qua non* para que se produzca el traslado de regímenes que exista equivalencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media y de existir diferencia debe ser asumida por el afiliado, es una carga del afiliado el cumplimiento del requisito de equivalencia y no de la AFP, lo que implica que debe asumir la carga económica para subsanar las diferencias y lograr la equivalencia.

- Que la consecuencia de la nulidad y/o ineficacia de la afiliación es que las cosas deban volver al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca PROTECCION debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, conforme al Art. 1746 no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto o mejora que tuvo el afiliado en los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena gestión de la A.F.P y que el fruto o mejora para la A.F.P es la comisión de administración, la cual debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado, de tal forma que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración.

- Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada.

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 S.A y PROTECCION, contra la Sentencia del 05 de diciembre de 2.022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR La nulidad e ineficacia del traslado que hizo el señor demandante JOSE LUIS OMAÑA CARDENAS realizó a PROTECCION S.A, en enero de 1996.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A devolver al sistema todos los valores recibidos del demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con lo frutos e intereses como los dispone Art.1746, con todos los descuentos realizados e igualmente con los rendimientos que se hubieren causado en virtud al retorno al RPMPD administrador por COLPENSIONES

TERCERO: ORDENAR A COLPENSIONES que una vez la A.F.P PORVENIR S.A den cumplimiento a lo ordenado, proceda a aceptar el traslado del demandante del régimen de ahorro individual al régimen de prima media y poner al día su historia laboral.

CUARTO: CONDENAR a la A.F.P PROTECCION S.A a asumir todos los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubieren causado, esto e s con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez en los gastos de administración que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos de su propio peculio y devueltos de manera indexada.

QUINTO: no prosperan las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: costas a cargo de las demandadas.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que se rindió el interrogatorio de parte del demandante, donde manifiesta que en esa época se encontraba trabajando en la gobernación del departamento de Norte de Santander y que iban unos funcionarios de un fondo privado a afiliarlos dado que se iba a acabar la caja departamental de previsión social, entidad en la cual se encontraba afiliado y que desconocía el funcionamiento del sistema pensional.

- Que jurisprudencialmente se encuentra definido que la carga de la prueba sobre de la debida información recae en las A.F.P, ante la negativa del afiliado de haber recibido la información, respecto de cuál de los sistemas le traería mejores beneficios e igual forma que las mermas sufridas por el capital pensional del demandante, deben ser asumidas por el fondo que genero el cambio de régimen pensional, ello conforme a la sentencia SL5686 de 2021, del propio peculio del fondo que generó ese traslado de régimen, debidamente indexado.

- Que en los documentos aportados se evidencian las solicitudes que elevo el demandante a través de su apoderado, para pedir la nulidad del traslado y afiliación del demandante al RPMPD, el único formulario que obra es el No.02112 de septiembre 30 de 1997, a través del cual se afilia el demandante a PORVENIR, proveniente de PROTECCION y obra una certificación de PROTECCION en su contestación de que el demandante, se encuentra afiliado a PORVENIR desde el 1 de noviembre de 1997, obra igualmente la prueba que con anterioridad al cambio de régimen, el demandante estuvo vinculado a la CAJA DE PREVISION DEPARTAMENTAL DE NORTE DE SANTANDER y están los denominados formularios CETIL y que ante la liquidación de la caja, se afilió al ISS y de este se afilió a PROTECCION S.A.

- Por lo que la única prueba que existe son las afiliaciones realizadas a cada una de las A.F.P, de las demás obligaciones contenidas en el Art.97 del Decreto 663 y Decreto 692 de 1993, como es haber realizado o haber dado al demandante la debida o mínima información, no hay prueba que así lo indique, lo único que obra es el formulario suscrito por el demandante, si bien es cierto, se manifiesta que el traslado lo hace de manera libre y voluntaria, al igual que recibió la debida información, jurisprudencialmente se ha establecido que este formulario solo sirve

como prueba de la afiliación más no de haber recibido la información necesaria para tomar una buena decisión por parte del demandante.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada COLPENSIONES:

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

- Que no es posible aceptar el traslado del demandante por lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que la declaratoria de nulidad no resulta procedente, teniendo en cuenta que a la fecha del traslado efectuado por el demandante al RAIS goza de plena validez, puesto que se realizó ejerciendo el derecho a la libre elección de régimen establecido en el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y según el artículo 48 de la Ley 1328 del 2009.

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

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, 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 que de acuerdo con la Ley 100 de 1993, es la retribución por los servicios prestados y que se utilizan para cubrir los costos en la producción de frutos que no se pueden dejar sin efecto, lo que igualmente sucede con el seguro previsional, máxime cuando las aseguradoras son terceros ajenos al proceso.

- Por lo anterior al aplicar la ineficacia del traslado no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro de individual, puesto que consecuencia de la nulidad declarada, se debe presumir que nunca existió afiliación y al no existir afiliación al RAIS, tales rendimientos no se hubieran generado, no obstante la A.F.P entienden que son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta individual, lo que no se entiende es que se ordene devolver los gastos de administración que remunera la gestión de la A.F.P, que gracias a la buena administración el afiliado ha incrementado el valor de su cuenta individual, además debe tenerse en cuenta que COLPENSIONES, no efectuó ninguna gestión de administración en este mismo periodo y puede 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.

3.2 De la demandada PROTECCION:

El apoderado de PROTECCION interpuso recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que no es procedente obligar a PROTECCION a devolver conjuntamente los rendimientos y las comisiones de administración, toda vez que se tratan de prestaciones ya acaecidas, por lo que no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual, produjo unos rendimientos gracias a la buena gestión de la AFP, la cual toma una comisión para generar dichos dineros, por lo tanto, son conceptos excluyentes que no se pueden devolver los dos, puesto que no hay causa fáctica o jurídica y se estaría violando el Art. 964 y 1746 del Código Civil, en lo que se refiere a las restituciones mutuas de frutos, intereses y mejoras, como la igualdad del trato en marco de una relación contractual presidida de la buena fe.

- De igual forma respecto la devolución de lo pagado por seguros previsionales, PROTECCION se encuentra imposibilitada para recobrar toda vez que la aseguradora es un tercero de buena fe, que nada tuvo que ver con la relación entre el afiliado y PROTECCION.

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 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.

Demandada PROTECCION:

Mediante apoderado judicial, solicitó que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a PROTECCION S.A, en razón a que como A.F.P, se encuentra sometida al imperio de la ley y como tal, solo puede reconocer las prestaciones económicas que cumplan los presupuestos previamente establecidos por el legislador, por lo tanto, previo a realizar cualquier tipo de afiliación de los fondos que administra, ofrece siempre una asesoría acompañada de profesionalismo y transparencia, dadas las constantes capacitaciones que se reciben los ejecutivos comerciales.

Que PROTECCION S.A actúa de buena fe, por lo que no está obligada a reconocer las pretensiones solicitadas por el actor en razón a lo manifestado en los argumentos de primera instancia, porque la normativa legal y la jurisprudencia laboral así lo señalan de forma expresa. Además, no es procedente el traslado de régimen del actor teniendo en cuenta que está a menos de 10 años para cumplir con la edad requerida para tener derecho a la pensión de vejez, circunstancia que le impide su retorno a COLPENSIONES, según el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2. ° de la Ley 797 de 2003.

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 del señor JOSE LUIS OMAÑA CARDENAS, del RPMPD al RAIS, realizado a través de la AFP PROTECCION S.A?, 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 del señor JOSE LUIS OMAÑA CARDENAS del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCION S.A, 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 no está probado al expediente que las AFP hubieren dado cumplimiento a las exigencias de las normas vigentes para la época sobre la obligación mínima de explicarle al afiliado los regímenes pensionales existentes, por lo que hay ausencia de estos requisitos mínimos para que tenga validez la afiliación del actor.

A esta conclusión se opuso PORVENIR S.A y PROTECCION S.A, advirtiendo que no era procedente la ineficacia del traslado y que se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones, dado que son la retribución por los servicios prestados, los cuales resulta imposible dejar sin efecto, lo que igualmente sucede con el seguro previsional.

Por otra parte, COLPENSIONES alega que no es posible aceptar el traslado por lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003 y teniendo en cuenta que goza de plena validez el traslado efectuado al RAIS; además que no se le debe condenar en costas puesto que COLPENSIONES no fue determinante en el cambio de régimen.

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

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

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

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

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

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

objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

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

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

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

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

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

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de PROTECCION; al ser la primera AFP del RAIS con la que registra vinculación el actor, teniendo en cuenta que él manifiesta 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.

El demandante manifestó en los hechos de la demanda que estuvo afiliado al RPMPD desde junio de 1993 y que, en septiembre de 1997 realizó el traslado al RAIS, suscribiendo formulario de vinculación, sin que se le suministrara la información debida. alegaciones que se entraran a corroborar con las siguientes pruebas documentales aportadas:

- EL CETIL No. 202003800103927000830026, expedido en CÚCUTA el 20 de marzo de 2020, donde se certifica que el demandante laboro del 22 de junio de 1993 hasta el 28 de febrero de 1994 y del 23 de marzo de 1994 hasta el 30 de junio de 1995, como empleado público, para el DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER y que su fondo de aportes a pensión era la CAJA DE PREVISION SOCIAL DEL DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER (Pdf.01 del expediente digital, Pág.55-58)
- El SIAFP aportado por PORVENIR S.A (*Pdf.08 del expediente digital, Pág. 126*) se evidencia que efectivamente el demandante se trasladó de régimen RPMPD administrado por el ISS al RAIS por medio de afiliación a PROTECCION, solicitud de traslado que se hizo el 1 de diciembre de 1995 y que se hizo efectivo el 1 de enero de 1996, de igual forma se evidencia que posteriormente el demandante se trasladó de A.F.P dentro del RAIS de PROTECCION S.A a COLPATRIA hoy en día PORVENIR S.A, solicitud que realizó el 26 de septiembre de 1997 y que se hizo efectivo el 1 de noviembre de 1997. De igual forma, se evidencia que posteriormente COLPATRIA cedió por fusión al afiliado a HORIZONTE y que esta ultima de igual forma cedió por fusión al afiliado a PORVENIR S.A, A.F.P en la cual se encuentra afiliado el demandante a día de hoy. (*Pdf.16 del expediente digital, Pág. 17*)
- Constancia de traslado de aportes emitida por PROTECCION S.A el 24 de agosto de 2022, donde afirma que el demandante presento afiliación con esa A.F.P desde el 01 de diciembre de 1995 hasta el 31 de octubre de 1997, fecha en la cual el demandante firmo solicitud de traslado a HORIZONTE que durante su permanencia presentó un total de 95.71 semanas acreditadas.
- La solicitud de afiliación y traslado al fondo de pensiones y cesantías COLPATRIA No. 012112 aportado por PORVENIR S.A (*Pdf.08 del expediente digital, Pág.69*) donde se evidencia que efectivamente el demandante solicitó la vinculación el 26 de septiembre de 1997.
- La historia laboral aportada por PORVENIR S.A, expedida el 25 de mayo de 2022, donde se evidencia que el demandante empezó a cotizar en PORVENIR en noviembre de 1997 y que anterior a esto tiene semanas cotizadas en entidades públicas, las cuales no se han verificado (*Pdf.08 del expediente digital; Pág. 27 -35*).

Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que efectivamente el demandante desde el 22 de junio de 1993 se encontraba en el RPMPD, puesto que sus aportes de pensión eran consignados a la CAJA DE PREVISION SOCIAL DEL DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER. Respecto de la fecha en la que el demandante hizo su traslado al RAIS, se evidencia que fue el 1 de diciembre de 1995 cuando el demandante solicitó su vinculación a la A.F.P PROTECCION y que dicha vinculación, se hizo efectiva según el SIAFP el 1 de enero de 1996. Posteriormente se evidencia que el demandante se trasladó a la A.F.P COLPATRIA suscribiendo formulario de afiliación el 26 de septiembre de 1997, situaciones las cuales preciso de forma acertada el Juez a quo.

Se debe señalar que las administradoras de fondos de pensiones HORIZONTE SA y COLPATRIA S.A conforman hoy la AFP PORVENIR S.A.¹, por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva, al corresponder cualquier responsabilidad sobre la actual afiliación del actor a la demandada PORVENIR S.A.

Se resalta que en el expediente no reposa el formulario de solicitud de vinculación a la AFP PROTECCION, por medio del cual el demandante se trasladó del RPMPD administrado por el entonces ISS al RAIS, no obstante, las pruebas que fueron allegadas dan cuenta de que así sucedió el traslado objeto del presente litigio, en especial teniendo en cuenta lo establecido en el SIAFP y la certificación aportada por PROTECCION. De igual forma, se debe resalta, que no obra en el plenario prueba alguna que dé cuenta si PROTECCION S.A, brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, el señor JOSE LUIS OMAÑA CARDENAS, 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 PROTECCION S.A, para diciembre de 1995 le haya indicado al 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 el referido con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo anterior, en su momento PROTECCION S.A, 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 JOSE LUIS OMAÑA CARDENAS, donde consten

¹ Ver reportes en prensa:

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1292961>

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

los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional, ni siquiera se evidencia que haya aportado el formulario de afiliación o traslado a PROTECCION S.A.

Sin embargo, se debe decir que el mencionado formulario de afiliación, según lo ha expresado la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 “*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*”; en caso de haberse allegado este elemento probatorio, de igual forma sería insuficiente para enervar las pretensiones.

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

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

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

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

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

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS **debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados***

para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional 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 a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).***

Con todo, se concluye sin mayor elucubración que, existe la obligatoriedad de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que, desde su creación fue ineficaz, por lo cual, es claro para esta Sala de Decisión a partir de lo expuesto, que la ineficacia del traslado genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y estas deben ser cubiertas por el receptor de las mismas en el momento que duró cada afiliación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio, además PORVENIR S.A, PROTECCION S.A y COLPENSIONES, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y ejercieron su actividad procesal contra las mismas, por lo que resultaron vencidas en este asunto y contra ellas procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá modificar la orden emitida en primera instancia respecto a las mermas sufridas por el capital destinado a financiar la pensión, en cuanto a que ambas Administradoras de Fondos de Pensiones PROTECCION S.A y PORVENIR S.A, deben asumir a cargo de su propio peculio y de forma indexada, los deterioros sufridos por el bien administrado **durante el tiempo que duró la afiliación del demandante con cada una de estas entidades**, en los demás aspectos se confirma la decisión adoptada por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 5 de diciembre de 2022. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIONS.A y PORVENIR SA al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho QUINIENTO MIL PESOS MCTE (\$500.000) a cargo de cada demandada y a favor del demandante.

9. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la orden emitida en primera instancia respecto a las mermas sufridas por el capital destinado a financiar la pensión, en cuanto a que ambas Administradoras de Fondos de Pensiones que fueron demandadas, PROTECCION y PORVENIR, deben asumir a cargo de su propio peculio y de forma indexada, los deterioros sufridos por el bien administrado durante el tiempo que duró la afiliación del demandante con cada una de estas entidades.

SEGUNDO: En lo demás se confirma la decisión adoptada por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 5 de diciembre de 2.022.

TERCERO: CONDENAR en costas por la segunda instancia a favor del demandante; se fijan como agencias en derecho QUINIENTOS MIL PESOS MCTE (\$500.000) a cargo de cada una de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCION.

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

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**



República de Colombia

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

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 540013105001 2020
00312 01
PI 20672**

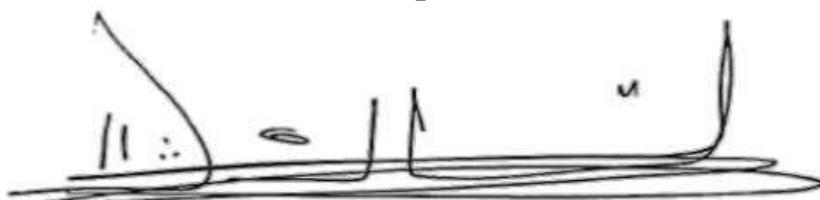
JOSÉ LUIS OMAÑA CÁRDENAS contra la
**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

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

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, en atención a la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, a partir de la providencia emitida dentro del presente proceso, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, 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; CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; CSJ STL596-2023, 8 de mar. 2023, rad. 69708; CSJ STL7108-2023, 12 de jul. 2023, rad. 71052; y CSJ STL7244-2023, 2 de ago.2023, rad. 71284; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado