

REPUBLICA DE COLOMBIA



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 veintiuno (21) de febrero dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN:	54-001-31-05-003-2022-00004-01 P.T. No. 20.161
NATURALEZA:	ORDINARIO
DEMANDANTE	ISABEL CRISTINA SOTO RAMÍREZ.
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRA.
FECHA PROVIDENCIA:	VEINTIUNO (21) DE FEBRERO DE 2023.
DECISION:	“PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia de fecha 21 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia y en su lugar DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la parte demandante ISABEL CRISTINA SOTO RAMÍREZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A, ocurrido en febrero de 1996, acorde a lo expuesto en la parte motiva. SEGUNDO: CONDENAR al fondo pensional PORVENIR S.A. (determinante del traslado), a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, y a favor de la actora ISABEL CRISTINA SOTO RAMÍREZ, todos los valores que hubiere recibido desde el traslado ocurrido en febrero de 1996 y hasta el cumplimiento efectivo de la sentencia, la entrega de todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales de haberse cobrado, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, como seguros previsionales, debiendo asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiere causado y devolver a COLPENSIONES, todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 2060 de la ley 100 del 93, efectuados en el Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad a cada cotización aportada a nombre del demandante, los cuales serán asumidos por el patrimonio de cada entidad respecto del tiempo que estuvo afiliada la actora a cada una de estas,

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

trámite que debe iniciarse en el mes siguiente a la ejecutoría de la sentencia. **TERCERO: DECLARAR** que la demandante ISABEL CRISTINA SOTO RAMÍREZ para efectos pensionales, se encuentra afiliada sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S. y hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A. **CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A. a recibir el capital pensional de la actora ISABEL CRISTINA SOTO RAMÍREZ procedente de la AFP PORVENIR, incluyendo los descuentos hechos, desde la génesis del traslado y hasta que se devuelvan en su totalidad, actualizando la historia laboral con las respectivas semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizo, todo conforme a lo considerado. **QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de mérito propuestas por las demandadas. **SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** de ambas instancias a las demandadas. Fijar como agencias en derecho a favor de la actora, el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente en primera instancia y medio salario mínimo mensual legal vigente en segunda instancia, a cargo de cada demandada. 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 veintisiete (27) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy veintinueve (29) de febrero 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, Veintiuno (21) de febrero de dos mil veintitrés (2.023)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2022-00004-01
RADICADO INTERNO:	20.161
DEMANDANTE:	ISABEL CRISTINA SOTO RAMÍREZ
DEMANDADO:	PORVENIR S.A. y COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por el demandante y el representante del Ministerio Público, contra la sentencia del 21 de septiembre de 2022 que fue proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

La señora ISABEL CRISTINA SOTO RAMÍREZ por intermedio de apoderada judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PORVENIR S.A., solicitando que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que efectuó a PORVENIR S.A. por la indebida y nula información que suministro el fondo privado a mi poderdante, para convencerla que se trasladara de régimen; para que se ordene a las demandadas a realizar todas las gestiones administrativas para trasladar los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual a Colpensiones y que sean recibidos por dicha entidad, actualizando su historia laboral y validando su afiliación al régimen de prima media.

Subsidiariamente solicita que PORVENIR S.A. sea condenada a reparar los perjuicios derivados de la falta de información adecuada, reconociendo la pensión de vejez en las mismas circunstancias a que tendría derecho de haber permanecido en el régimen de prima media o a pagar la diferencia a que hubiera lugar.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata:

- Que nació el 22 de septiembre de 1967 y a partir del 17 de septiembre de 1991 se afilió al régimen de prima media con prestación definida a donde cotizó por medio de diversos empleadores, acorde a su historia laboral.

- Que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante afiliación a PORVENIR el 1 de marzo de 1996, acorde a información del SAIF expedido por dicha entidad, pero dicha decisión en apariencia libre y voluntaria no estuvo precedida por la suficiente ilustración por parte del fondo, no generando consentimiento libre y voluntario.

- Que desde su afiliación al RAIS, ha cotizado más de 1041 semanas a dicho sistema y en total acumula 1273 semanas entre ambos regímenes.

- Que ha solicitado la nulidad del traslado y la entidad manifiesta no contar con soporte físico de la información dada al momento de la afiliación, pero niega la solicitud.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que admitía los hechos relacionados las fechas de nacimiento y afiliaciones en que la demandante realizó aportes en el RPMPD, acorde a su expediente administrativo. Respecto a los demás hechos manifestó que no le constan y deberán ser demostrados por la interesada.

- 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 la escogencia y afiliación a un determinado régimen de pensiones, es un acto libre, consciente y voluntario del trabajador. Por lo tanto, es obligación demostrar que se ha producido una situación jurídica diferente, pero que no se encuentra elemento alguno 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 régimen de ahorro individual con solidaridad.

- Expuso que el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su 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; aclarando que la actora realizó su afiliación al RAIS de manera voluntaria y autónoma desde la libertad que le otorga la ley para hacerlo, sin que en dicho acto jurídico haya intervenido Colpensiones, firmando formulario de afiliación al fondo privado.

- Señaló 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.

- Respecto a la carga dinámica de la prueba manifestó que la posición jurisprudencial invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, por lo que creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso, y ya que los fondos de pensiones no han podido acreditar la exigencia probatoria de la suficiencia de la información suministrada al momento del traslado puesto que cuentan únicamente con los formularios de afiliación, los fallos judiciales en la actualidad se expiden en contra de dichas entidades y de manera colateral afectan los intereses de Colpensiones.

- Propuso las excepciones de mérito de: buena fe, inexistencia de la obligación demandada, falta de derecho para pedir, prescripción, cobro de lo no debido, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación y genérica.

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

- Que no le constan los hechos, que los mismos deben probarse y que se opone a las pretensiones porque la Administradora realiza exhaustivos procesos de capacitación y formación a sus funcionarios en relación con el funcionamiento del Sistema General de Pensiones y las prestaciones que el mismo otorga, con el fin de atender de manera eficiente y oportuna todas y cada una de las inquietudes que sus afiliados actuales y potenciales puedan llegar a tener en relación con su futuro pensional; quedando expresado el interés y voluntad en el diligenciamiento del formulario y tras ello se entregan los informes trimestrales, realizándose también en 2004 la campaña masiva de información sobre traslados libres.

- Que la parte demandante se limitó en un relato difuso e impreciso a endilgarle responsabilidad sin sustento probatorio alguno. Que las pruebas documentales que

se aportan, en particular el formulario de vinculación o traslado, suscrito por el demandante, bajo la gravedad del juramento, da constancia de que hubo una debida asesoría y que 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 la absolución de esa AFP.

- 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 informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen a través de los canales dispuestos por la Administradora, los extractos trimestrales y en el año 2004 realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, informando la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en la normas y el demandante no hizo uso de esa legítimo derecho.

- Que no le constan los hechos narrados y se opone a las pretensiones al no existir vicio alguno que amerite o genera la nulidad e ineficacia del traslado, siendo la contravención de un acto propio que desconocería la buena fe negocial; que en todo caso cualquier declaratoria de nulidad da derecho a las partes a restituir las cosas al estado en que se hallarían y garantizar las restituciones mutuas; resaltando que desde providencia SU062 de 2010 se ha expuesto el deber de la equivalencia entre los ahorrado entre ambos regímenes dadas sus diferencias esenciales.

- 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 se encuentra 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, 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-062/2010 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 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.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada contra la Sentencia del 21 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERA: ABSOLVER a las entidades demandadas de las pretensiones encaminadas a la declaratoria de la ineficacia de traslado de régimen pensional de la demandante.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA de manera oficiosa la excepción de petición antes de tiempo respecto a las pretensiones subsidiarias incoadas por la parte demandante.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

La Jueza de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos: faltando 45

- Que se debe establecer si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora desde el RPMPD al RAIS administrado por COLPATRIA (hoy PORVENIR S.A.), por incumplimiento en el deber de información y no existir un consentimiento informado, para definir si deben trasladarse la totalidad de los aportes realizados de la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos a COLPENSIONES, incluyendo la obligación de este para afiliarla nuevamente y si las demandadas deben devolver los valores legalmente descontados como gastos de administración, seguro previsional y rendimientos.

- Destacó como hechos demostrados que la actora nació el 22 de septiembre de 1967, conforme a su historia laboral estuvo afiliada al I.S.S. el 26 de abril de 1994 y allí cotizó un total de 76.86 semanas, observando que en su estado de afiliación que la actora fue afiliada al RAIS por disposición del Decreto 3995 de 2008. Igualmente señala que se aportó el formulario de vinculación No. 986810 del 19 de febrero de 1996 para traslado de régimen a COLPATRIA S.A., cotizando un total de 1041 semanas a esa AFP que hoy es PORVENIR; refiriendo que acorde a consulta del SIAFP, la actora registra en su archivo: traslado de COLPENSIONES a COLPATRIA el 16 de febrero de 1996, cesión por fusión a AFP HORIZONTE en 2000 y nuevamente cesión por fusión a AFP PORVENIR en 2014.

- Señala, que si bien el traslado de la demandante se dio en febrero de 1996 conforme la solicitud aportada y para ese momento las administradoras de fondos de pensiones tenían el deber de información suficiente para garantizar una decisión cuyo consentimiento fuera libre e informado, advierte como relevante que la actora tiene constancia en su historia laboral que fue asignada al RAIS en aplicación del Decreto 3995 de 2008 para resolver un problema de multiafiliación y por ende se tramitó el asunto asignando la afiliación al RAIS desde una instancia administrativa, de manera que la afiliación inicial que se alega tuvo al I.S.S. no tuvo efecto alguno y al respecto en providencia SL149 de 2020 la Sala de Casación Laboral señaló que cuando el problema de afiliación ha quedado resuelta por el comité de multiafiliación de que trataba el Decreto 3995 de 2008, esto ya queda validado y no hay lugar a declarar nulidad de traslado.

- Para el presente caso concluye entonces que acorde al parámetro jurisprudencial, el problema de multiafiliación una vez resuelto aplicando el Decreto en cita y dando trámite a la resolución por Comité deja en firme las decisiones allí adoptadas, convalidando una única afiliación como válida y como quiera que se indica en este caso que esta fue la suscitada al RAIS, no es dable predicar la posibilidad de retornar reclamada y no hay lugar a las pretensiones subsidiarias, dado que al no tener aún la calidad de pensionada es imposible establecer la existencia de un daño o perjuicio resarcible.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandante:

La apoderada de la actora interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que no se comparte la posición asumida que negó las pretensiones por suscitarse un caso de multifiliación, exponiendo que desde los hechos quedó establecido que la actora se afilió al régimen de prima media desde 1991 y esto fue plenamente aceptado por la demandada; así como que cotizó a este un total de 232 semanas por diversos empleadores, lo que se convalida en la historia laboral y es también aceptado por la demandada.

- Que sí hubo una afiliación válida al régimen de prima media ya que este fue su primer fondo, lo que está plenamente evidenciado en los diferentes documentales y por ende no es posible predicar una múltiple afiliación con el régimen de ahorro individual, pues estos nacieron hasta después de 1993. Agrega que existe respaldo en el Sistema de Información de Afiliados, donde se establece que el único traslado de régimen fue en 1996 y solo ha estado en un fondo en el RAIS, por lo que no existe la referida multifiliación ya que incluso sus aportes realizados a entidades públicas están respaldados por un bono pensional.

3.2 Del Ministerio Público

El Procurador Judicial de Asuntos de la Seguridad Social se adhiere al recurso de apelación de la parte demandante, argumentando que está demostrada solo la primera afiliación al régimen de prima media y luego un traslado al de ahorro individual, pero que en caso de existir una situación posterior de multifiliación esto no invalida que pueda suscitarse una ineficacia del traslado anterior a ese trámite administrativo.

4. 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 expresó su solicitud de que se revocara la decisión de primera instancia que negó las pretensiones, indicando de manera inicial que la actora se afilió al régimen de prima media desde septiembre de 1991 y cotizó más de 232 semanas con diferentes empleadores, trasladándose al RAIS mediante PORVENIR el 1 de marzo de 1996 como certifica el fondo y se evidencia que este ha sido su único fondo, como refiere el expediente pensional y el bono del Ministerio de Hacienda, así como el historial del SIAFP. Lo que pretende es la declaratoria de nulidad e ineficacia de afiliación, lo que no fue aceptado alegando que hubo un problema de multifiliación decidido por ASOFONDOS conforme al Decreto 3995 de 2008, pero esto no se puede afirmar pues acorde a lo demostrado la actora solo tuvo una afiliación inicial al RPM y un traslado al RAIS, el cual se dio sin el respectivo deber de suministrar información necesaria para garantizar el consentimiento libre. Que las AFP debían ejecutar la carga de la prueba para desmentir esta falta de información alegada y así se ha reiterado en la jurisprudencia.

- **Demandado:**

El apoderado de la demandada PORVENIR solicita que se mantenga la decisión de absolver a la entidad, señalando que para la fecha del 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, por lo que no incurrió en omisión alguna y la línea jurisprudencial aplicada surgió años después del acto, por lo que es ilógico exigirle requisitos que no existían. Señala que se deja constancia de la información brindada en el respectivo formulario, sin que el demandante desacreditara la calidad de la afiliación que recibió para firmarlo.

Que en caso de revocatoria, no comparte que se impongan condenas de que se restituyan con cargo al patrimonio propio de esa entidad, los gastos de administración descontados durante el tiempo que la actora permaneció en el fondo, por ser inequitativo, puesto que al declararse la ineficacia del traslado, se ordena

como consecuencia de ello, una serie de restituciones, entre ellas los frutos o rentabilidades generadas por el capital pensional. Que los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, establece que el 3% de la cotización realizada al Sistema General de Pensiones se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de seguros de Fogafin y las primas de invalidez y sobrevivientes.

Que la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto 2019152169-003-000, resalta que en el evento de declararse la nulidad o ineficacia del traslado debe darse aplicación al artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 y concluye que procede el traslado de los saldos de la cuenta individual que incluye los rendimientos generados por la administración de los recursos por parte de la administradora junto con los porcentajes destinados a garantía de pensión mínima y rendimientos, y no los gastos de administración, primas u otros conceptos.

Indicó que en consecuencia, no se puede ordenar el reintegro de los gastos de administración, por ser estos su remuneración, ya que de admitirse tal posibilidad sin ninguna compensación, se estaría avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor del sistema, quien es el que se ve beneficiado con tal situación.

5. 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 de la Jueza de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguientes:

¿Si en este caso resultaba procedente negar las pretensiones destinadas a declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado por la señora ISABEL CRISTINA SOTO RAMÍREZ del RPMPD al RAIS por medio de la A.F.P. COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. por haberse agotado el procedimiento de resolución de multiafiliación?

7. CONSIDERACIONES:

En el presente asunto, la señora ISABEL CRISTINA SOTO RAMÍREZ solicitó la nulidad del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó en el año 1996, alegando que no se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada A.F.P. COLPATRIA, hoy Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., para que se declare como única afiliación válida la realizada al entonces INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL (hoy COLPENSIONES) y se impartiera la orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a esta última entidad, pues esto implicaría que la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD.

Al respecto la jueza a quo concluyó, que acorde a las pruebas aportadas no era procedente acceder a las pretensiones pues se evidencia que en el caso de la actora se dejó la anotación de que fue resuelto un conflicto de multiafiliación conforme al Decreto 3995 de 2008 y por ende su situación quedó definida con la afiliación al RAIS como única válida, lo que hace improcedente acceder a la ineficacia de traslado pues nunca perteneció legalmente al RPM.

A esta conclusión se opuso el demandante quien reclama que lo derivado de las pruebas es que la primera afiliación de la actora al sistema fue al I.S.S. y allí realizó cotizaciones válidas que inclusive se verifican en el respectivo bono pensional, no existiendo la alegada multiafiliación que derivó en la negativa de las pretensiones; igualmente el procurador de asuntos laborales coadyuvó la apelación, advirtiendo que era posible declarar la nulidad de la afiliación conforme reglamenta el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y ante ello, no resultaría relevante lo ocurrido con la multiafiliación pues lo que debe estudiarse es la información suministrada en el momento del traslado de régimen en 1996.

Procede la Sala a verificar los argumentos esgrimidos por los apelantes, para lo cual se verificará inicialmente lo que atañe a la existencia de un conflicto de multifiliación y en caso de encontrarse demostrado, si este resulta determinante para la prosperidad de la pretensión de ineficacia de afiliación y traslado de régimen pensional.

A través de la Ley 100 de 1993 se consagró un sistema general de pensiones para unificar la dispersión que normativamente se había generado durante el Siglo XX y garantizar los principios constitucionales de la Carta Política de 1991 y especialmente los preceptos del artículo 48; para ello se consagraron dos regímenes para que coexistieran con diferentes características: el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), por el cual los afiliados aspiran a acceder a una pensión de vejez respaldados por los saldos acumulados en su cuenta de ahorro individual, siempre que los mismos alcancen a cubrir una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente y de otra parte el Régimen de Prima Media (RPM) donde el acceso a la pensión depende de las semanas cotizadas y de alcanzar la edad legal, en el RAIS la persona puede pensionarse a cualquier edad siempre que cuenten con el capital ahorrado necesario.

Dada la coexistencia de estos dos regímenes, se fijaron una serie de reglas para garantizar el debido funcionamiento de cada uno y ello implica condiciones de elección con obligación de permanencia por un período mínimo de tiempo antes de elegir un cambio de régimen, así como un período máximo de edad para solicitar este cambio y con ello garantizar que el capital que va a servir para financiar la pensión sea utilizado y configurado por la entidad que debe reconocer la misma. Pero durante los primeros años de existencia del nuevo sistema se generaron condiciones de duplicidad de afiliación o cotización entre regímenes que debieron ser resueltos por el legislador y es así como el artículo 17 del Decreto 692 de 1994 reglamentó lo que se identifica como multifiliación:

*“**Múltiples vinculaciones.** Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.*

***Parágrafo.** Las administradoras podrán establecer sistemas de control de multifiliación, sin perjuicio de la facultad de la Superintendencia Bancaria para dirimir, en casos especiales, los conflictos que se originen por causa de las múltiples vinculaciones (subrayas fuera del texto).”*

Sobre la naturaleza de esta figura, la Sala de Casación Laboral en providencia SL552 de 2020 explica:

*“(…) la multivinculación se configura **cuando el afiliado se trasladó entre regímenes pensionales (del RPM al RAIS o viceversa), por fuera del término otorgado por la ley para tales fines.** Lo anterior, trayendo como consecuencia que se deberá tomar como válida, únicamente, la última afiliación que se hizo respetando los periodos concedidos para ello.*

*Así las cosas, se tiene que los artículos 11 y 15 del Decreto 692 de 1994 previeron dos escenarios posibles y en los cuales se fijaron los plazos para la procedencia del traslado: (i) **en el caso en el que los afiliados estuvieran vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994, podían continuar automáticamente suscritos en dicha entidad y cambiarse en cualquier tiempo;** y (ii) en el evento en que hubieran hecho su selección inicial a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, podían trasladarse solo después de haber transcurrido 3 años de conformidad con el artículo 15 de la norma suscitada, el cual se modificó posteriormente a 5 años según lo consagrado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.”*

Para resolver esas controversias se estableció en el Decreto 3995 de 2008 en su artículo 2 que *“Cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos en la ley, esta última vinculación no será válida y el afiliado incurrirá en múltiple vinculación. La vinculación válida será la correspondiente al último traslado que haya sido efectuado con el cumplimiento de los términos legales*

antes de incurrir en un estado de múltiple vinculación”; los artículos siguientes consagran las diferentes situaciones que pueden derivarse y cómo deben solucionarse, identificando el artículo 10 el procedimiento para definir entre las administradoras y afiliados estos eventos.

Acorde a lo anterior, existirá multiafiliación si la persona estuvo legalmente afiliada a un régimen y antes de la oportunidad legal correspondiente se trasladó o realizó aportes al contrario, desconociendo las prohibiciones temporales. Para el presente caso, acorde a las pruebas aportadas es posible identificar lo siguiente:

- Conforme archivo digital 04.1 en página 33, la señora ISABEL CRISTINA SOTO RAMÍREZ suscribió formulario de afiliación a COLPATRIA S.A. el 19 de febrero de 1996, con sello y número de radicación 986810 de la misma fecha; allí se evidencia que se identificó en la parte superior como TRASLADO DE RÉGIMEN proveniente de CAJANAL y la realizó en calidad de trabajadora pública vinculada al INPEC.
- Según historial de cotizaciones expedido por COLPENSIONES y visto en archivo anexo al correo de contestación, la actora realizó cotizaciones al I.S.S. como independiente en los periodos: 26 de abril al 31 de diciembre de 1994, enero, febrero, marzo a junio y agosto a octubre de 1995, evidenciando en el detalle de pagos que estos ciclos obran validados así: PAGO COMO TRABAJADOR INDEPENDIENTE, y a través de la CAJA DEPARTAMENTAL DE PREVISIÓN en enero y febrero de 1996, evidenciando en el detalle de pagos que estos ciclos obran validados así: PAGO APLICADO AL PERÍODO DECLARADO. En este documento se informa que el estado de afiliación es: **ASIGNADO AL RAI POR DECRETO 3995 DE 2008** y es la única referencia dejada sobre este aspecto, la cual se resalta en la siguiente imagen:

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:

Cédula de Ciudadanía

Fecha de Nacimiento:

22/09/1967

Número de Documento:

60324142

Fecha Afiliación:

26/04/1994

Nombre:

ISABEL CRISTINA SOTO RAMIREZ

Correo Electrónico:

Dirección:

ALMACEN VIVERO

Ubicación:

Estado Afiliación:

Asignado al RAI por Decreto 3995/2008

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha construido mes a mes y año a año.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
14019803152	ISABEL CASTRO SOTO R	26/04/1994	31/12/1994	\$200.000	35,71	0,00	0,00	35,71
60324142	SOTO RAMIREZ ISABEL	01/01/1995	28/02/1995	\$118.934	8,29	0,00	0,00	8,29
60324142	SOTO RAMIREZ ISABEL	01/04/1995	30/06/1995	\$118.934	12,29	0,00	0,00	12,29
60324142	SOTO RAMIREZ ISABEL	01/08/1995	31/08/1995	\$118.934	4,14	0,00	0,00	4,14
60324142	SOTO RAMIREZ ISABEL	01/09/1995	30/09/1995	\$118.935	4,14	0,00	0,00	4,14
60324142	ISABEL CRISTINA SOTO	01/10/1995	31/10/1995	\$119.000	4,29	0,00	0,00	4,29
890501405	CAJA DEPARTAMENTAL D	01/01/1996	31/01/1996	\$142.125	4,29	0,00	0,00	4,29
890501405	CAJA DEPARTAMENTAL D	01/02/1996	29/02/1996	\$141.000	3,71	0,00	0,00	3,71
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:			
					76,86			
					[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 * "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"):			
					0,00			

- Historia laboral expedida con fines de trámite para bono pensional, donde se respaldan los siguientes periodos:

Empleador	Período
HOSPITAL ERASMO MEOZ	27/07/1989-26/07/1990
INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO	17/09/1991-25/04/1994 26/04/1994-15/02/1996
ISABEL CASTRO SOTO	26/04/1994-31/12/1994 03/01/1995-28/02/1995 01/04/1995-28/05/1995 01/06/1995-28/06/1995 02/08/1995-31/08/1995 01/09/1995-29/09/1995 01/10/1995-31/10/1995
CAJA DEPARTAMENTAL DE PREVISIÓN	01/01/1996-31/01/1996 01/02/1996-26/02/1996

En este documento se dejan diferentes indicaciones sobre inconsistencias referentes a que el bono no puede ser emitido por no cumplir con el mínimo de semanas requeridas (150), la historia laboral no ha sido validada y por ende debe reportarse entre la AFP y COLPENSIONES con verificaciones a los empleadores, existen salarios no reportados debidamente y soportes que deben anexarse.

- Formulario de vinculación de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS No. 023080 del 30 de mayo de 1994 suscrito con indicación de “vinculación inicial” proveniente del ISS, como trabajadora independiente; pero no se evidencia sello de radicación o entrega y no se evidencia que este hubiera surtido trámite alguno, ni que las entidades reconozcan este como un traslado materializado.
- Historial de vinculaciones derivado de consulta Sistema de Información de Afiliados a los Fondos de Pensión, donde se evidencia:

Afilado presenta vinculaciones eliminadas							
Vinculaciones para : CC 60324142							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1996-02-16	2004/04/16	COLPATRIA	COLPENSIONES		1996-03-01	2000-09-28
Cesion por fusion	2000-09-29	2013/10/04	HORIZONTE	COLPATRIA		2000-09-29	2013-12-31
Cesion por fusion	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

- Historial de cotizaciones expedido en junio de 2021 por AFP PORVENIR, donde se evidencian que obran 232 semanas cotizadas a través de entidades públicas: como empleada pública del INPEC desde septiembre de 1991 a febrero de 1996, como independiente entre 1994 y 1995, y a través de la CAJA DE PREVISIÓN DEPARTAMENTAL entre enero y febrero de 1996. A partir de julio de 1996 hasta mayo de 2021, realizó 1041.8 semanas de cotizaciones por diferentes empleadores únicamente a fondos privados (INPEC hasta diciembre de 2005, mediante empleador LEGERE Y CIA LTDA entre septiembre de 2008 a octubre de 2011 y como independiente durante 2006, diciembre de 2011, 2012, 2013 y 2015 a 2021).

Según estos elementos de prueba, advierte la Sala que la única referencia en el caso de la señora SOTO RAMÍREZ de que hubiera un conflicto de multifiliación es la anotación en el historial de cotizaciones expedido por COLPENSIONES en 2021; pero revisados los demás medios de prueba, no solo se dejaron de aportar los trámites administrativos adelantados acorde al artículo 10 del Decreto 3995 de 2008 que permitan establecer si efectivamente se resolvió el mismo, sino que además no se evidencia que se suscitara los supuestos de hecho para que se afirme existió el mismo.

En efecto, acorde al historial de bono pensional, la actora cotizaba al régimen público desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues reporta cotizaciones desde julio de 1989 respaldadas en bono pensional y a través del I.S.S. desde abril de 1994, solicitando su traslado al régimen privado en febrero de 1996 y a partir de esta vinculación, no se evidencia que hubiera intentado retornar al régimen público antes del término legal correspondiente. Por el contrario, acorde al sistema de afiliaciones el único traslado de régimen suscitado fue en febrero de 1996 del RPM al RAIS, y luego hubo variaciones del fondo pero por cesión entre administradora del RAIS (COLPATRIA se fusionó con HORIZONTE en el año 2000¹ y luego este se fusionó con PORVENIR en 2014²).

Acorde a lo anterior, no se evidencia que la actora estuviere legalmente afiliada a un régimen y hubiere solicitado antes de tiempo su traslado al otro, pues desde 1989 cotizaba en regímenes públicos y solo obra un traslado al régimen privado tras la entrada en vigencia del sistema, por lo que no se constituye así el supuesto de hecho del artículo 2° del Decreto 3995 de 2008 que habilitaba a resolver un conflicto de multifiliación.

¹ <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1292961#:~:text=Tras%20la%20fusi%C3%B3n%20se%20conservar%C3%A1,de%20las%20pensiones%20y%20cesant%C3%ADas.>

² <https://www.semana.com/empresas/articulo/fusion-entre-porvenir-horizonte/190254/>

En todo caso, no se aportaron los medios de prueba que convaliden que este trámite especial se llevara a cabo en el caso de la actora, y tampoco se respalda en la actuación de COLPENSIONES, más allá de una mera referencia, pues acorde a los artículos 7° y 8° del citado Decreto 3995 de 2008, una vez resuelto el alegado conflicto de multiafiliación debió haber trasladado los recursos e información a la AFP elegida y dejar las anotaciones el caso en la respectiva historia laboral; lo que, por ejemplo, se ha podido verificar en procesos anteriores donde la Sala encontró pruebas suficientes de la existencia del trámite de resolución de multiafiliación³, incluyendo la anotación de que los aportes fueron devueltos al RAIS en la oportunidad legal y en el presente asunto se evidencia que los fondos se mantienen respaldados en COLPENSIONES y el bono pensional, sin que se cumpliera la orden de entregarlos al RAIS acorde al decreto en cita.

Sin perjuicio de lo anterior, frente a si la resolución del trámite administrativo de multiafiliación supone automáticamente la negativa de las pretensiones de la demanda, se advierte que la *a quo* citó lo resuelto por la Sala de Casación Laboral en providencia SL149 de 2020 para llegar a esta conclusión; providencia que dice:

“(…) como ya quedó sentado, la situación de multivinculación que presentaba la demandante fue resuelta mediante comité realizado por Asofondos, siguiendo los lineamientos normativos del artículo transcrito, es decir, que en aquella oportunidad y por mandato legal, se desató el nudo que impedía a la actora hacerse con una pensión de vejez en el Régimen de Prima Media, dado que la única afiliación válida era la correspondiente al régimen administrado por el ISS, hoy Colpensiones.

En tal sentido, advierte la Sala que, si el problema ya se encontraba resuelto, la declaratoria de nulidad de la afiliación al RAIS era innecesaria, visto que la misma fue invalidada, por ende, se casará parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto a las condenas emitidas por la nulidad del traslado de regímenes y la condena de perjuicios contra de la AFP Colfondos”

Esta providencia refiere la imposibilidad de acceder a las pretensiones por cuanto la actora de ese asunto ya había quedado válidamente afiliada a COLPENSIONES y por virtud de la decisión administrativa se asume que nunca perteneció al RAIS ya que el resultado del trámite del Decreto 3995 de 2008 es identificar una única afiliación válida; por lo que en ese caso concreto no era viable acceder pues ya la situación había sido resuelta como reclamaba el interesado.

Lo anterior guarda una diferencia trascendental respecto del presente asunto, pues en este caso el sistema de consulta y los documentos referidos permiten establecer que la afiliación de la actora a los regímenes públicos antes de la entrada en vigencia del sistema se mantienen válidos e inclusive por los mismos existe información que respalda la expedición de un bono pensional, por lo que para resolver adecuadamente este asunto se debía partir de la premisa de que la señora ISABEL CRISTINA SOTO RAMÍREZ legalmente sí estuvo afiliada al Régimen de Prima Media sin que dicha vinculación se evidencia dejada sin efecto de manera adecuada por el trámite del Decreto 3995 de 2008 y por ende, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones, dado que no está evidenciado que la actora hubiera sido asignada al RAIS tras la resolución de un conflicto de multiafiliación.

En consecuencia, procederá la Sala a resolver de fondo la pretensión de declarar la ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual pues, como refiere la parte demandante en su apelación, sí hay un cambio de régimen que sea susceptible de analizar.

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.

³ Proceso radicado 54-001-31-05-003-2020-00134-01 (Partida interna 19.905)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PORVENIR S.A.; pues argumenta la demandante que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario. 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 venía afiliada a los regímenes públicos desde 1989, cotizando en el I.S.S. desde 1994 hasta que en febrero de 1996 suscribió los documentos para realizar el traslado a la AFP COLPATRIA (hoy PORVENIR), sin que previamente se le suministrara la ilustración suficiente y las explicaciones necesarias para la toma de esa importante decisión. También informó que adelantó reclamación administrativa ante las demandadas solicitando la nulidad de afiliación al RAIS y obtuvo respuesta negativa.

Del expediente se puede evidenciar que la actora se encontraba afiliado al RPMPD desde julio de 1989 hasta febrero de 1996, donde cotizó 232 semanas según historia laboral de PORVENIR y que desde julio de 1996 se materializó su traslado al RAIS con afiliación a la AFP COLPATRIA, donde para mayo de 2021 había cotizado 1041.8 semanas adicionales, según historia laboral de esa entidad.

Se resalta que aparte del formulario de afiliación a COLPATRIA S.A. de fecha 19 de febrero de 1996, no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento del traslado de régimen pensional, siendo necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, el señor LUIS GONZAGA PARRA 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, 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.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si COLPATRIA (hoy PORVENIR S.A) brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para febrero de 1996 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento PORVENIR S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, y no aportó prueba alguna que lo confirmara, ya que con las aportadas al proceso no se infiere con certeza que la situación pensional particular de la actora haya sido estudiada y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a ISABEL CRISTINA SOTO RAMÍREZ 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 pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados, a que para la fecha del ultimo traslado al RAIS ya estaba en vigencia la Ley 1328 de 2009, así como el Decreto 2241 de 2010, y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento de la afiliada, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que 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 se accederá a la pretensión principal de declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, pues para evitar esta decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la

prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

Por otra parte, sobre la prescripción alegada por las demandadas, 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 íntegro 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 a prosperar.

Abordando lo correspondiente a las restituciones que se generan, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor, se ha concluido que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS, 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 descuentos realizados por gastos de administración y seguro previsional a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: *«...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...»*.

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

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

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

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

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que PROTECCIÓN S.A. y PROTECCIÓN 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, PORVENIR S.A., deberá devolver completamente todas las prestaciones que recibieron 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 la Administradora y no de la aseguradora, para quien 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 demandada PORVENIR S.A., 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, a la AFP demanda, le asiste la obligatoriedad de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que, desde su creación, fue ineficaz, por lo cual, indistinto de lo afirmado por la apoderada de PORVENIR S.A., referente a que los descuentos se hicieron con fundamento jurídico, ya que 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 la afiliación.

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

Conforme a lo anterior, la Sala condenará al fondo pensional PORVENIR S.A. (determinante del traslado), a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, y a favor de la actora, todos los valores que hubiere recibido desde el traslado ocurrido en febrero de 1996 y hasta el cumplimiento efectivo de la sentencia, la entrega de todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales de haberse cobrado, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, como seguros previsionales, debiendo asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiere causado y devolver a COLPENSIONES, todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 2060 de la ley 100 del 93, efectuados en el Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad a cada cotización aportada a nombre del demandante, los cuales serán asumidos por el patrimonio de cada entidad respecto del tiempo que estuvo afiliada la actora a cada una de estas, trámite que debe iniciarse en el mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia.

En el mismo sentido, se declarará que la demandante ISABEL CRISTINA SOTO RAMÍREZ para efectos pensionales, se encuentra afiliada sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S. y hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., a quien se condenará a recibir el capital pensional procedente de la AFP PORVENIR, incluyendo los descuentos hechos, desde la génesis del traslado y hasta que se devuelvan en su totalidad, actualizando la historia laboral con las respectivas semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizo, todo conforme a lo considerado.

Finalmente, se declararán no probadas las excepciones propuestas por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, y se condenará en costas de ambas instancias a estas demandadas; fijando como agencias en derecho a favor de la actora, el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente en primera instancia y medio salario mínimo mensual legal vigente en segunda instancia, a cargo de cada demandada.

8. 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: REVOCAR en su integridad la sentencia de fecha 21 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia y en su lugar DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la parte demandante ISABEL CRISTINA SOTO RAMÍREZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A, ocurrido en febrero de 1996, acorde a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo pensional PORVENIR S.A. (determinante del traslado), a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

COLPENSIONES S.A., entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, y a favor de la actora ISABEL CRISTINA SOTO RAMÍREZ, todos los valores que hubiere recibido desde el traslado ocurrido en febrero de 1996 y hasta el cumplimiento efectivo de la sentencia, la entrega de todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales de haberse cobrado, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, como seguros previsionales, debiendo asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiere causado y devolver a COLPENSIONES, todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 2060 de la ley 100 del 93, efectuados en el Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad a cada cotización aportada a nombre del demandante, los cuales serán asumidos por el patrimonio de cada entidad respecto del tiempo que estuvo afiliada la actora a cada una de estas, trámite que debe iniciarse en el mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia.

TERCERO: DECLARAR que la demandante ISABEL CRISTINA SOTO RAMÍREZ para efectos pensionales, se encuentra afiliada sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S. y hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A. a recibir el capital pensional de la actora ISABEL CRISTINA SOTO RAMÍREZ procedente de la AFP PORVENIR, incluyendo los descuentos hechos, desde la génesis del traslado y hasta que se devuelvan en su totalidad, actualizando la historia laboral con las respectivas semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizo, todo conforme a lo considerado.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por las demandadas.

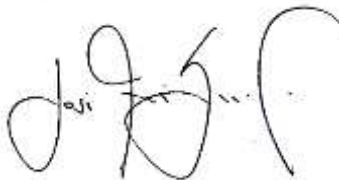
SEXTO: CONDENAR EN COSTAS de ambas instancias a las demandadas. Fijar como agencias en derecho a favor de la actora, el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente en primera instancia y medio salario mínimo mensual legal vigente en segunda instancia, a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado
ACLARO VOTO



República de Colombia

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

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

RADICADO n.º 54-001-31-05-003-2022-00004-01

PI 20161

ISABEL CRISTINA SOTO RAMÍREZ contra
COLPENSIONES Y OTRO.

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

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo 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, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro

de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,



DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado