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 diecinueve (19) de diciembre dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-002-2022-00421-01 P.T. No. 20.738
NATURALEZA: ORDINARIO.
DEMANDANTE JAIRO ALBERTO DÍAZ ORDOÑEZ.
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRA.
FECHA PROVIDENCIA: DIECINUEVE (19) DE DICIEMBRE DE 2023.
DECISION: "**PRIMERO: Confirmar** la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2.023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia. **SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia** a COLPENSIONES y a PORVENIR; se fijan como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE ($250.000) a cargo de cada demandada y a favor del señor JAIRO ALBERTO DIAZ ORDOÑEZ. **Tercero:** Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen."

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy dieciséis (16) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy dieciocho (18) de enero de 2024, 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, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2.023)

PROCESO:	**ORDINARIO LABORAL**
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2022-00421-01
RADICADO INTERNO:	20.738
DEMANDANTE:	JAIRO ALBERTO DIAZ ORDOÑEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, así como el grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 22 de septiembre de 2.023 que fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

El señor JAIRO ALBERTO DIAZ ORDOÑEZ a través de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PORVENIR, solicitando que se declare la ineficacia de su traslado realizado el 16 de noviembre de 1999 del RPMPD al RAIS a través de la A.F.P HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, por no haberle suministrado la información sobre las consecuencias que genera el cambio de régimen pensional y como consecuencia solicita que se condene a PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES la totalidad de aportes, rendimientos, seguros y descuentos efectuados por administración, de igual forma que se ordene a COLPENSIONES reconocer las prestaciones derivadas del sistema y causada en favor del demandante.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata:

- Que nació el 30 de junio de 1960 y que para el 15 de noviembre de 1999 se encontraba afiliado al RPMPD, en ese momento administrado por CAJANAL.

- Que el 16 de noviembre de 1999 se trasladó del RPMPD al RAIS a través de la A.F.P HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A, que al momento de efectuar su traslado el asesor de la A.F.P HORIZONTE no le informó de manera concreta cuáles eran los beneficios que ganaba o que perdía efectuando su traslado al RAIS, que al contrario le manifestaba que tendría unas prebendas mayores a las de RPMPD, situación que en la realidad no es verdad.

- Que el traslado de régimen se realizó inducido al error por parte de la A.F.P PORVENIR, ya que nunca le explicó en forma idónea cuáles eran los pros y los contras del cambio de régimen pensional, situación por la cual el 4 de noviembre de 2022 solicitó a COLPENSIONES declarar ineficaz su traslado.

- Que mediante derecho de petición solicitó a la AFP PORVENIR SA, que le autorizara su traslado del RAIS al RPMPD, la cual mediante oficio No. 0106327020170900 del 26 de diciembre de 2022, negó la solicitud de traslado con el argumento de que ella accedió libremente al cambio de régimen pensional, el cual fue negado por esta entidad, mediante oficio del 4 de noviembre de 2022.

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

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento del demandante y que solicitó a esa entidad el traslado de régimen, sobre la cual emitió respuesta negativa esa administradora. Respecto a los demás hechos, manifestó que no le constan.

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

- Resaltó, que esa entidad no intervino al momento de brindar información, que simplemente acató su voluntad de trasladarse de régimen pensional conforme a la normatividad.

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

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

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

- Señaló que, si la calidad del afiliado a la AFP PORVENIR SA se encuentra en validez y este ya posee la condición de pensionado, no puede prosperar la ineficacia de la afiliación, debido a que no se puede retrotraer el estado mismo de las cosas

por haber un hecho consumado, pues esto implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía.

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

La demandada PORVENIR a través de apoderado judicial contestó:

- Que no le consta ninguno de los hechos mencionado en la demanda y que se opone a todas las pretensiones incoadas en su contra.

- En razón a que la parte actora se trasladó una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida por haber pertenecido a él, para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales, suscribiendo formulario de afiliación donde hace constatar con su firma que su selección de régimen pensional lo efectuó de manera libre, espontánea y sin presiones, de igual forma, la parte demandante no acreditó ninguna de las eventualidades que en forma expresa establece el artículo 1741 del Código Civil, que el acto contenía un objeto o causa ilícita.

- Menciona que no hay lugar a la devolución del capital ni de los rendimientos, como quiera que el acto de vinculación tiene plenos efectos; sin embargo, en caso de condenar a la AFP PORVENIR S.A. en el evento de declararse la ineficacia del traslado, estos serían los únicos valores que deberán trasladarse a COLPENSIONES, como quiera que, se cumplió con la obligación de administrar la cuenta de ahorro individual del afiliado y gracias a esa gestión el demandante alcanzó rendimientos del 76% poderosa y evidente justificación para no ordenar la devolución de los gastos administrativos. Además, el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, menciona que, en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes, por cuanto estos valores NO FINANCIAN la pensión de vejez.

- Que ordenar el traslado de los gastos de administración a favor de COLPENSIONES – insiste, no financian la pensión de vejez en ninguno de los dos regímenes-, de manera palmaría constituye un enriquecimiento ilícito a favor de esta demandada, en la medida que no realizó ninguna gestión con el capital del afiliado.

- En consecuencia, no procede esta pretensión, ya que, de ordenarla, debe condenarse igualmente a la parte demanda a restituir los frutos financieros que se le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, ya que así lo tiene decantado la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, en tratándose de las restituciones mutuas – uno de los efectos jurídicos previstos en el artículo 1746 de CC- para la nulidad de un acto jurídico-, en cuanto a que la parte que recibió frutos de la relación contractual declarada nula está en la obligación de restituirlo, pues de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin causa.

- Propuso las excepciones de mérito: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR SA, contra la Sentencia del 22 de septiembre de 2.023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia en sentido estricto de la afiliación del señor Jairo Alberto Díaz Ordoñez a la Administradora de Fondo de Pensiones Horizonte, hoy Porvenir SA, suscrita el 16 de noviembre de 1994, por los motivos expuestos. En consecuencia, declarar que, para todos los efectos legales, el traslado al Régimen de Ahorro Individual no surte efectos.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR** a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías a devolver al régimen de prima media todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, suma adicional de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida de COLPENSIONES. Asimismo, asumir con su patrimonio, los deterioros surtidos por el bien administrado en caso de que se hubieren causado, esto es, las mermas sufridas en el en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez por los gastos de administración y demás conceptos del artículo 20 y 60 de la ley 100 del 93 en que hubiera incurrido, inclusive de manera indexada.*
>
> **TERCERO: ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a que proceda a aceptar el retorno del demandante del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.
>
> **CUARTO: CONDENA** en costas a cada una de las entidades demandadas, fijando como agencias en derecho en favor del demandante, la suma de (1) SMLMV a cargo de cada uno de las demandadas.
>
> ***QUINTO: REMITIR** el presente expediente a la Oficina Judicial para que surta el grado jurisdiccional de consulta."*

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que se relevó del debate probatorio que el señor JAIRO ALBERTO DIAZ se afilio al RPMPD a través de CAJANAL y se trasladó al RAIS en noviembre de 1994 y que se ha mantenido en dicho régimen hasta el día de hoy a través de PORVENIR. Que se debía establecer si le asistía el derecho de retorno al RPMPD, para lo que se determinaría si el traslado que efectuó al RAIS surtió efecto o, por el contrario, era ineficaz, inexistente o nulo.

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

- Que la A.F.P hacen parte de sistema como instituciones financieras privadas de carácter previsional, al ser las encargadas de administrar eficientemente las pensiones del RAIS, bajo la gestión fiduciaria y por tal motivo deben estar conformadas como un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados según el Art.97 de la Ley 100 de 1993, por lo cual deben cumplir con ciertos requisitos para

su creación y funcionamiento conforme el Decreto 656 de 1994, lo cual implica su vigilancia por parte de la superintendencia financiera en el estatuto orgánico del sistema financiero. Por lo que tienen el deber de dar a conocer a los usuarios del sistema toda la información necesaria para que estos puedan decidir de manera libre y voluntaria a algunos de los regímenes pensionales.

- La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, también ha señalado que la información que debe ser proporcionada debe ser completa, no solamente las ventajas, sino que estas deben ser relacionadas con las desventajas y consecuencia del mismo, reiterando que la información debe comprender todas las etapas del proceso de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, proporcionando a los interesados una información completa y comprensible, pues al tratarse de temas mayúsculos como el cambio de régimen pensional, se trasciende del simple debe de información la A.F.P tiene el deber de buen consejo que la compromete aún deber más activo de dar una ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes e incluso llegar al caso de desalentar al interesado de tomar una opción que claramente lo perjudica, deber que se tiene desde el origen del sistema de seguridad social por lo que el simple consentimiento dentro del formulario de afiliación, no es suficiente para el cumplimiento del deber de información y que la carga de la prueba de este corresponde al fondo de pensiones.

- Sostuvo que al descender al caso en concreto en el folio 83 del archivo 24 del expediente digital, se evidencia el formulario de vinculación del accionante a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, de fecha 16 de noviembre de 1994, el cual aceptan las partes fue firmado por el demandante y en el que se dejó plasmado que su traslado al RAIS se dio de forma libre y voluntaria; calidades que no se encuentra debidamente acreditado con el acervo probatorio, toda vez que la información que debió ser suministrada no es una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación.

- Que, en virtud de la carga de la prueba en cabeza de PORVENIR SA, esa entidad no aportó ningún elemento probatorio con la intención de acreditar que suministró al demandante la información necesaria y relevante sobre postulados claros y objetivos respecto al traslado de régimen pensional, pues únicamente allegó pruebas documentales que dan cuenta de los aportes efectuados por el demandante y el movimiento individual de los mismos, sin demostrar que proporciono una información relacionada con las desventajas y consecuencias de los regímenes pensionales; que esa carga probatoria no es posible sustraerse con el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, pues si bien manifestó que se le proporcionó información, esta se encontraba supeditada a unos mejores rendimientos al momento de reconocer la pensión al interior del RAIS y la liquidación del ISS, sin que allí se le hubiera proporcionado información respecto las desventajas del régimen, por lo tanto, ante la falta de información que le asistía a la entidad demandada es el caso declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

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

- Que teniendo en cuenta que la anterior decisión conlleva el retorno del actor al RPMPD en su estado original, emiten las órdenes correspondientes a la AFP para

la devolución de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, con sus frutos e intereses, y por el incumplimiento del deber de información, debe responder con cargo a su propio patrimonio por las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, siguiendo las reglas del artículo 1746 y 963 del Código Civil, inclusive de manera indexada, conforme a la sentencia SL5686 de 2.021.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada COLPENSIONES:

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

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

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

- Manifestó que la condena en costas es innecesaria, pues su representada se encontraba sujeta a lo que normativamente está instituido y no fue determinante en el traslado de régimen. Además, no proceden los traslados de régimen cuando faltan menos de 10 años para pensionarse.

3.2 De la demandada PORVENIR:

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

- Solicita que se revoque parcialmente el numeral segundo del fallo de primera instancia en lo referente a la condena de que se ordene a PORVENIR devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, seguros previsionales, reaseguros y demás emolumentos contenidos en la cuenta de ahorros individual del actor y que deban ser indexados.

- En razón a que durante el tiempo en que PORVENIR le administró la cuenta de ahorro individual del accionante, le ha generado unos recursos financieros, con los que se puede compensar los presuntos detrimentos financieros que pudiese haber sufrido la cuenta de ahorro o la presunta depreciación del valor de la moneda, de igual forma destaca que del RPMPD se descuenta del IBC lo pertinente para cubrir los gastos de pensión de invalidez o de muerte y que también se destina un porcentaje para gastos de administración, por lo que si el demandante hubiere permanecido en COLPENSIONES de igual forma se le hubieran descontado esos valores.

- Advierte que ordenar el traslado de los gastos de administración de las primas para cubrir las pensiones de invalidez o muerte, constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES. Reitera que debido a la buena gestión de PORVENIR le generó a la cuenta de ahorro individual del actor un rendimiento financiero equivalente al 76% los cuales ascienden a la suma de $33’7219.162, valor que, en el caso de declarar la ineficacia del traslado en términos de la CSJ, deberá ordenarse que los excedentes de los rendimientos mínimos financieros en la Ley para

los fondos de pensiones se compensen con cualquier condena de sumas de dineros a cargo del patrimonio de PORVENIR.

- Señala que en el RAIS la capitalización de los aportes pensionales se consigna o generan unos rendimientos financieros, de estos también se obtienen unos porcentajes para cubrir las primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, tramitadas con una aseguradora, es decir valores que ya no se encuentran en las arcas de PORVENIR, por lo tanto, al no contarse con esos dineros, se estaría causando un detrimento a PORVENIR y generando un enriquecimiento sin justa causa a COLPENSIONES.

- Por último, menciona que, en caso de ordenarse devolver estos emolumentos, no se ordene la indexación de estos.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá en grado jurisdiccional de consulta, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, se presentaron los alegatos de conclusión que se resumen de la siguiente manera:

- **Demandada COLPENSIONES:**

La apoderada de COLPENSIONES solicita que se absuelva a la entidad que representa de todas las pretensiones en su contra, argumentando que la parte demandante se trasladó al RAIS a través de formulario de vinculación de manera libre, espontánea y sin presiones, tal y como lo hace constar la misma accionante al imponer su firma en la casilla correspondiente dentro del formulario y como lo expresa dentro del interrogatorio de parte, además indicó que su única motivación para retornar a COLPENSIONES es la parte económica.

Que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindarse al momento de la afiliación del demandante, deben ser valorados bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de COLPENSIONES, que sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación. Así, no es admisible que el documento soporte de la afiliación que es el formulario suscrito por el afiliado, sea desestimado por los diferentes Despachos como una prueba a la voluntad libre de afiliación del demandante, indicándose que solo corresponde a una cláusula o a un formato carente de certeza.

Que dentro del proceso la parte demandante no aporta ninguna prueba en la que se demuestre fehacientemente los supuestos de hecho que alega, y pretende que bajo la figura de la carga dinámica de prueba se exima de probar mínimamente lo alegado

en el libelo demandatorio. Además, en estas condiciones, ya no se trata de dar aplicación a la doctrina de la carga dinámica de la prueba, sino de la creación de una presunción de la mala fe de los Fondos, presunción que éstos deben desvirtuar, en condiciones tan desfavorables como las de los propios afiliados, si se tiene en cuenta que desechada la prueba documental que es el formulario de afiliación debe acudirse a la prueba testimonial y/ interrogatorio de parte, y que dado el paso tan considerable del tiempo se hace virtualmente imposible, toda vez que la mayoría de los asesores ya no trabajan los fondos, y la memoria de los involucrados no resulta ya ser tan clara. Se vulnera así el derecho constitucional de los fondos de tener la oportunidad probatoria para defender sus intereses, por desconocer las reglas clásicas de la carga de la prueba y asignarla a su cargo de manera absoluta; exigiéndole pruebas diferentes a las que reposan naturalmente en sus archivos.

Que la afiliación al régimen de ahorro individual, es un negocio jurídico que involucró el asentimiento de dos voluntades, por tanto, no se debe habilitar en este tipo de procesos que el afiliado demandante presente una actitud 100% pasiva, pues no resulta admisible que solo hasta más de 20 años después se interese por su situación pensional, cuando a su alcance contaba con las herramientas suficientes para acceder a la información necesaria para aclarar dudas respecto a los movimientos, rendimientos y utilidades de su cuenta de ahorro individual, herramientas tales como el internet e incluso los distintos puestos de atención con los que cuenta los fondos de pensiones.

Que en la actualidad se da una aplicación indebida del artículo 1.604 del Código Civil puesto que no se atiende de forma sistemática otras normas del mismo estatuto que prohíben alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos (error de derecho).

Que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Que el impacto monetario que acarrea el traslado del régimen en la situación pensional del accionante, no debe ser la causa que lleve a declarar la ineficacia del negocio jurídico, esto es, la disparidad en cifras por el aspecto estructural del sistema general de pensiones no es habilitante para que prospere una demanda de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen.

- **Demandada PORVENIR:**

El apoderado judicial de la demandada PORVENIR solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a su representada, argumentando que en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

Que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma sin lugar a interpretaciones distintas establece que cualquier persona natural o jurídica, que hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo. Si bien menciona que, quedará sin efecto la afiliación, no hace referencia si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y subsiguientes, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas.

Que, en este asunto, ninguno de estos presupuestos legales, se alegaron ni menos resultaron demostrados, pues el formulario de afiliación suscrito por la parte actora es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que, la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del

Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del citado Código Civil, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado.

Que su representada cumplió con la carga procesal impuesta, pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto, en la medida que, aportó los documentos que de acuerdo con las normas existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico del traslado debía mantener en sus archivos; además, pese a que la parte demandante jamás estuvo en imposibilidad absoluta de retornar al RPMPD, permaneció en el RAIS, lo que sin duda al menos debe valorarse como un indicio serio de querer permanecer en el.

Que en forma reiterada la Sala de Casación Laboral ha explicado que, los efectos de declarar la ineficacia del traslado pensional es hacer la ficción de que el acto jurídico de traslado jamás existió. De manera que, una construcción lógica y congruente es que, si el acto jurídico del traslado no existió porque el afiliado jamás dejó de pertenecer al RPMPD, se debe ordenar en esta clase de procesos, la devolución de los aportes con los rendimientos que ese sistema le produciría al afiliado, pues entenderlo de otra manera es contrariar nuevamente lo dispuesto en las normas referentes a los efectos de la ineficacia de los actos jurídicos.

Que en atención al principio de la congruencia de la sentencia del artículo 281 del C.G.P, al no haberse discutido y menos probado la mala fe de PORVENIR S.A. en la celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenarse a su representada a "restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es COLPENSIONES", los rendimientos financieros que logró por la gestión que adelantó en la administración de los aportes en el RAIS y tampoco la devolución de las primas de seguros por cuanto el afiliado siempre estuvo protegido en las contingencias que ellas amparan.

Que si, por el contrario, se decide que se debe reintegrar la totalidad de los rendimientos, solicita autorizar a PORVENIR S.A., a descontar de tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar, como quiera que la AFP realizó una gestión a favor del afiliado que le generó los referidos rendimientos.

Que ordenar que Porvenir S.A. indexe cualquier suma de dinero, es sin duda imponer una doble sanción, por cuanto los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó su representada a partir del acto jurídico informado que celebró la demandante con plenos efectos jurídicos, con creces, supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observa 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 JAIRO ALBERTO DIAZ ORDOÑEZ del RPMPD al RAIS, realizado a través de la

AFP HORIZONTE hoy PORVENIR SA?, de ser procedente, ¿Si esto a su vez implica la devolución de aportes y demás conceptos ordenados?

8. CONSIDERACIONES

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado del señor JAIRO ALBERTO DIAZ ORDOÑEZ del RPMPD al RAIS, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR SA, o si por su ausencia, procede la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

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

A esta conclusión se opuso COLPENSIONES por estimar que se logró demostrar que existió una debida, comprensible y suficiente información al momento de llevarse a cabo la afiliación inicial al régimen, además la accionante debió hacer el traslado en el término que otorga la ley. También argumenta que se concede la ineficacia pretendida aun cuando el deseo de traslado del demandante se direcciona a recibir un mejor monto pensional en esa administradora, lo que no es válido. Que la condena en costas es innecesaria pues esa administradora se encontraba sujeta a lo que normativamente está instituido y no fue determinante en el traslado de régimen.

Por otra parte, PORVENIR solicita que se revoque lo referente a las condenas del numeral segundo respecto de devolver los valores correspondientes a cuotas de administración, seguros previsionales y la indexación, en razón a que durante el tiempo en que PORVENIR le administró la cuenta de ahorro individual del accionante, le ha generado unos recursos financieros, con los que se puede compensar los presuntos detrimentos financieros que pudiese haber sufrido la cuenta de ahorro o la presunta depreciación del valor de la moneda y que entregárselos a COLPENSIONES generaría un enriquecimiento sin justa causa para esta entidad, dado que no fue quien genero los rendimientos de la cuenta de ahorro del afiliado.

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

Para que un traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual adquiera plena determinación, dicha actuación debe contener un pleno acatamiento de este deber para que de esa decisión se pueda predicar la libertad y voluntariedad exigida, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia sentada desde el año 2008 ha determinado que previo a su decisión, los ciudadanos deben recibir de los fondos la información completa respecto a lo que arriesgan con tal actuar, porque de no ser así, bien por brindarse una incorrecta u

omitirse la relevante, puede entenderse que existe un error que vicia su voluntad. En otras palabras, es posible predicar la ineficacia de la vinculación al RAIS por un vicio en el consentimiento denominado error, que hace imposible que la selección del nuevo régimen sea soberana y potestativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la AFP PORVENIR SA; pues argumenta el demandante que al suscribir el formulario con el cual se dio el traslado de régimen pensional, no recibió asesoría suficiente sobre los pormenores, beneficios, desventajas y proyecciones de pensiones en ambos regímenes, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

El demandante manifestó que nació el 30 de junio de 1960; que el 15 de noviembre de 1999 se encontraba cotizando al RPMPD a través de CAJANAL y que se trasladó

al RAIS el día 16 de noviembre de 1999, mediante afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR, ante la insistencia por parte de los asesores de esa AFP, quienes no le brindaron toda la información relacionada con el asunto. También indicó que mediante derecho de petición solicitó a COLPENSIONES y a PORVENIR su traslado nuevamente al RPMPD, el cual fue negado.

De las pruebas documentales allegadas al proceso, entre las que se encuentran; las certificaciones electrónicas de tiempos laborados "CETIL", historia laboral consolidada expedida por PORVENIR, certificado SIAFP, formulario de vinculación al fondo privado HORIZONTE, se puede evidenciar que el demandante estuvo inicialmente afiliado al RPMPD mediante CAJANAL, (Hoy COLPENSIONES) y con solicitud de afiliación No. 222659 del 16 de noviembre de 1994, solicitó cambio de régimen con afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR, lo cual se hizo efectivo el 01 de diciembre de 1994 y que posteriormente el 01 de enero de 2014 la A.F.P HORIZONTE se fusionó con la A.F.P PORVENIR entidad con la cual desde esa fecha se encuentra con afiliación activa al momento de presentar la demanda.

Se debe precisar, que, si bien en la solicitud de vinculación en el apartado denominado “fecha de diligenciamiento” no se logra evidenciar si en la casilla “año” es un 99 o un 94, sin embargo, con base al certificado SIAFP se puede determinar que dicha solicitud de traslado fue realizada en el año 1994, situación que se corrobora con el historial laboral de semanas cotizadas por el demandante en PORVENIR S.A donde se evidencia que empezó a cotizar semanas para ese fondo desde 1997, es decir que el traslado a PORVENIR S.A si se realizó en 1994 y no en 1999 como lo menciona el actor.

Respecto del traslado de régimen pensional del demandante se evidencia que este se efectuó con el diligenciamiento del formulario de solicitud de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR, de fecha 16 de noviembre de 1.994 y que no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido en ese momento; es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el señor JAIRO ALBERTO DIAZ ORDOÑEZ, es que 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 la carga de demostrar al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Como se explicó, no obra prueba alguna que dé cuenta si HORIZONTE hoy PORVENIR SA brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para noviembre de 1.994 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV) debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo anterior, en su momento PORVENIR SA no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, pero sobre el momento del traslado solo reposa en el plenario el formato de vinculación suscrito, que se corresponde con un modelo pre-impreso, del que no se infiere con certeza que fuera estudiada la situación pensional particular del demandante y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que

la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a JAIRO ALBERTO DIAZ ORDOÑEZ, 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 este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento 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 la indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales de los recursos de apelación de las demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debían enfocarse en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que para este caso le correspondía a PORVENIR SA, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

Por otra parte, sobre la prescripción alegada por la parte demandada, se advierte que, al tratarse el presente asunto de una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental de la Seguridad Social, su exigibilidad puede darse en cualquier momento en aras de obtener su 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 de la afiliada.

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

Así mismo, conviene también precisar que, si bien es cierto, en su momento, el actor se encontraba en el RPMPD afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL, no resulta viable determinar que con la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, sea nuevamente afiliada en dicha entidad.

Lo anterior, dado que según el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 *"Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010"* el Congreso de Colombia creó la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, como una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente; vinculada al Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto consiste en la administración estatal del RPM y a su vez, estableció que dicha entidad, asumiría los servicios de aseguramiento de pensiones de los afiliados al RPM, para lo cual determinó que el Gobierno en ejercicio de sus facultades constitucionales debería proceder a la liquidación de CAJANAL, CAPRECOM y el ISS en lo que a pensiones se refiere.

En esa línea, CAJANAL fue liquidada por parte del Gobierno Nacional, en virtud del Decreto 2196 de 2009 *"por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, se ordena su liquidación, se designa un liquidador y se dictan otras disposiciones"* el cual además, ordenó en el artículo 4, que el traslado de afiliados de la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, debería adelantarse a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS.

Más adelante, mediante a través del Decreto 2013 de 2012 "Por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones" se determinó la supresión del ISS, hecho que llevó a COLPENSIONES a fungir como administrador del RPMPD, entre tanto, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, que fue creada por el artículo 156 de la misma Ley 1151 de 2007, le fue delegado el reconocimiento de derechos pensionales, a cargo de administradoras del RPMPD respecto de las cuales se hubiese decretado o se decrete su liquidación, que ya se hubiesen causados hasta la cesación de actividades como administradores, según lo detalla el Decreto 169 de 2008 "Por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, y se armoniza el procedimiento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social."

Por otro lado, 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 demandante, se ha concluido que PORVENIR SA incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por el actor en el año 1.994, 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 la Administradora y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones ***la totalidad del capital ahorrado, junto con los***

> ***rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones*** *(CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).”*

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

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

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

De lo anterior se desprende, que por los efectos ex tunc de la declaratoria de ineficacia, PORVENIR está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven, incluyendo la depreciación que ha tenido la moneda en el trascurso tiempo.

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 del demandante pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Finalmente, 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. 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 efectuada en el fallo de primera instancia.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 22 de septiembre de 2.023. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, al no haber prosperado sus recursos de apelación. Fíjense como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE ($250.000) 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: Confirmar la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2.023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a COLPENSIONES y a PORVENIR; se fijan como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE ($250.000) a cargo de cada demandada y a favor del señor JAIRO ALBERTO DIAZ ORDOÑEZ.

Tercero: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA

DAVID A. J. CORREA STEER
MAGISTRADO
SALVO VOTO

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA
SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL n.°540013105002 2022 00421 01
PI 20738

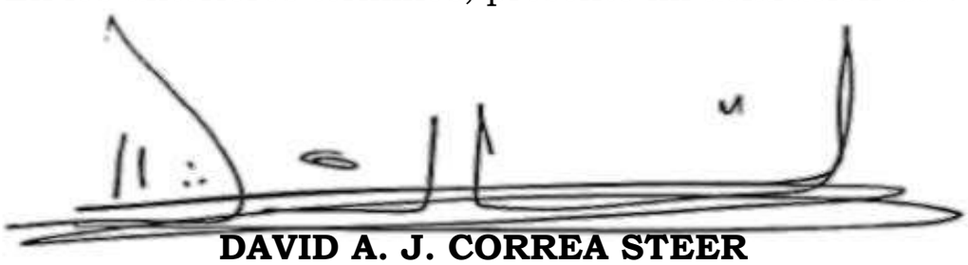
JAIRO ALBERTO DIAZ ORDOÑEZ contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

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.° 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,



DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado