

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 dos (2) de mayo dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-001-2019-00359-01 P.T. No. 20.197

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE EDUARDO GALLÓN MEDINA.

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS.

FECHA PROVIDENCIA: DOS (2) DE MAYO DE 2023.

DECISION: “**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada proferida el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 30 de noviembre de 2022, por las consideraciones expuestas. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, esto es a COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A., en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a favor del demandante. **TERCERO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy ocho (8) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy diez (10) de mayo de 2023, a las 6:00 p.m.

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Primero Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54001-31-05-001-2019-00359- 01

Partida Tribunal: 20.197

Demandante: EDUARDO GALLON MEDINA.

Demandada (o): COLPENSIONES- PORVENIR- PROTECCIÓN - SKANDIA S.A

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, dos (2) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de alzada presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A Y SKANDIA S.A, y surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el día **30 de noviembre de 2022**, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54001-31-05-001-2019-00359- 01 y partida de este Tribunal Superior No. 20.197 promovido por el señor EDUARDO GALLON MEDINA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A., EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, S.A., PORVENIR, S.A., y SKANDIA S.A.

I. ANTECEDENTES

El demandante EDUARDO GALLON MEDINA demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada del RPMPD inicialmente al RAIS en PORVENIR S.A., y posteriormente a PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., en consecuencia, se ordene el retorno a COLPENSIONES y que la AFP OLD MUTUAL devuelva todos las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual, que deberán ser trasladadas a COLEPNSIONES, al uso de las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera: Que nació el 01 de agosto de 1962. Que se afilió al Régimen de Prima media con Prestación definida desde marzo de 1990. Que a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 59 semanas de cotización y

31 años de edad. Que en el mes de febrero de 1995 sin recibir ningún tipo de asesoría, le tomaron la firma para que fuera trasladado al Régimen de Ahorro Individual a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS PORVENIR S.A.; luego en el año 2007 se traslada a la AFP PROTECCIÓN S.A.

Aseguró que en el mes de enero de 2016 tuvo conocimiento que había perdido la oportunidad de retornar al RPMPD, por lo que, decidió retirarse de PROTECCIÓN y se trasladó a OLD MUTUAL S.A.; no obstante, el 16 de julio de 2019 radicó solicitud ante COLPENSIONES para el traslado de régimen, petición que fue rechazada. También presentó peticiones ante PORVENIR, PROTECCIÓN y OLD MUTUAL, todas fueron rechazadas.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

LA AFP PORVENIR S.A., a través de su apoderado judicial manifestó que no le constan los hechos, se opone a la totalidad de pretensiones principales incoadas, alegando que, el demandante se encuentra actualmente afiliado a OLD MUTUAL; que no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado, y acceder a las suplicas de la demanda, sería como que el demandante desconociera su propio acto. Afirma que el formulario suscrito en su momento, da fe con firma manuscrita del demandante que su traslado fue libre y espontaneo, y que recibió la información pertinente. Además, se cumplió con las obligaciones exigidas por las normas vigentes en el momento del traslado. Propuso las excepciones de mérito: falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, innominada.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, S.A., actuando por medio de apoderado judicial contestó la demanda, manifestando no constarle los hechos y oponiéndose a todas las pretensiones, alegando que se atiende a las resultas del proceso, toda vez que son ajenas a la entidad, en el entendido que el demandante se trasladó del RPMPD al RAIS por voluntad propia y sin vicios, razón por la cual, la afiliación tiene plena validez, además, no es procedente regresar el régimen público porque esa inmerso en lo establecido en el literal B) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, por estar a menos de 10 años para pensionarse. Propuso como excepciones de fondo, las innominada o genérica, prescripción, buena fe, inexistencia del derecho para reclamar la prestación económica, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a través de su apoderado judicial acetó parcialmente los hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, manifestando que la entidad, previo a realizar cualquier tipo de afiliación a los fondos que administra, ofrece siempre una asesoría de profesionalismo y transparencia, dadas las constantes capacitaciones que reciben los

ejecutivos comerciales, las cuales están orientadas a un estudio profundo del sistema general de pensiones, y al marco legal que regula el mismo, buscando siempre la satisfacción de los clientes, generando tranquilidad y confianza en la afiliación.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.– SKANDIA S.A.- (antes OLD MUTUAL S.A.), presentó contestación a la demanda, manifestando que no le constan algunos hechos y se opuso a las pretensiones. Afirmó que quien debe pronunciarse de fondo es la AFP PORVENIR S.A. quien fue la señalada por el demandante como la entidad causante del cambio de régimen pensional. Añadió que SKANDIA S.A., cumplió con las formalidades para la afiliación del señor EDUARDO GALLON MEDINA al tiempo que recalcó que la vinculación fue resultado de la voluntad libre y espontánea.

Como excepciones de fondo propuso las llamadas: validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad por inexistencia de vicios del consentimiento, no es viable el traslado del demandante al régimen de prima media, inexistencia de la obligación reclamada, no se reúnen los presupuestos de ley para la configuración de la nulidad alegada, falta de título y causa en el demandante, cobro de lo no debido, prescripción sin aceptación de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por parte de SKANDIA S.A., pensiones y cesantías. s.a., buena fe de SKANDIA S.A., innominada o genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 30 de noviembre de 2022, resolvió

PRIMERO: decretar la nulidad e ineficacia el traslado del régimen de ahorro individual que el demandante Eduardo Gallón Medina, realizo al fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A, Protección S.A., conforme a las motivaciones que anteceden en esta sentencia.

SEGUNDO: condenar a la demandada Old mutual, hoy Skandia, de pensiones y cesantías, a devolver al sistema todos los valores que hubieses recibido tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurados con todos sus frutos e intereses conforme lo dispone el artículo 1746 del código civil esto es con sus rendimientos que se hubieren causado en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación

definida, conforme a las motivaciones que anteceden en la sentencia.

TERCERO: ordena a Colpensiones que una vez la administradora de fondo de pensiones y cesantías Old mutual, hoy Skandia, y PORVENIR S.A., de cumplimiento a lo ordenado, proceda a reactivar la afiliación del régimen media con prestación definida por ellos administrados del aquí demandante Eduardo Gallón Medina, conforme a las motivaciones que anteceden en la sentencia.

CUARTO: se condena a la administrador de pensiones y cesantías Porvenir S.A., asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubieses causado, esto es las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio siguiendo las reglas del artículo 963 del código civil, conforme a las motivaciones que anteceden en la sentencia.

QUINTO: no prosperan las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: costas a cargo de los demandados...”.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información a el afiliado al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado PORVENIR S.A.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, inconforme con la decisión proferida por el Juez A quo, interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que no es posible aceptar el retorno al RPMPD ya que el actor no cumple con lo previsto en el art. 2º de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta que el señor Eduardo Gallón Medina tiene actualmente 60 años de edad. Que el ISS no tuvo injerencia en el traslado de régimen que se discute.

Que el demandante ha estado por mas de 20 años afiliado al RAIS, realizando traslados inter fondos. Indicó que la obligatoriedad que surge de recibir a el demandante dentro del régimen de prima media, genera una inestabilidad financiera para el régimen de pensiones, teniendo en cuenta que el demandante siempre ha cotizado dentro del régimen de ahorro individual, y que el traslado de los fondos pensionales nunca son suficientes para el otorgamiento de las pensiones, por lo que se genera un desbalance dentro de Colpensiones, situación que se debe tener en cuenta al momento de generar los traslados de régimen pensional faltando menos de los 10 años para adquirir la pensión, trasgrediendo la normatividad vigente desde la Ley 100 de 1993. Por último, pidió se tomará en cuenta la excepción de prescripción.

PORVENIR, S.A. a través de apoderado judicial interpuso recurso de apelación en contra de la totalidad de la sentencia, argumentando que, no esta conforme con la devolución de rendimiento, gastos de administración y seguros provisionales conforme a la aplicación del inciso final de artículo 964 del Código

Civil, argumentando que los frutos causados por el rendimiento de la cuenta son circunstancias jurídicas ya acaecida, tal situación no se puede dejar sin efectos porque, para la parte, no se puede retrotraer el buen actuar de la AFP; que si bien la finalidad de la nulidad es retrotraer los hechos desde el traslado, dicho propósito tiene excepciones, tales como los hechos consumados y consolidados, como lo son, la prestación de los servicios de las aseguradoras y la administración de los fondos.

PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación, contra la condena en costas teniendo en cuenta que la devolución de los aportes del afiliado se realizó en el 2016 cuando se trasladó a SKANDIA S.A., y lo concerniente a los gastos de administración y seguro provisional.

SKANDIA, S.A., afirmó que la entidad actuó conforme lo dispuso la ley al momento del traslado; que el actor lleva más de 27 años en el RAIS generando conocimiento pleno y no existe vicios de consentimiento, ya que tenía certeza de volver a retornar al RPMPD; considera que no es procedente ordenar la devolución de los descuentos por comisión de administración porque se trata de comisiones ya acaecidas y causadas durante la administración idónea y eficaz de los dineros del afiliado, descuentos realizados conforme a la Ley y como contraprestación de una buena gestión permitido por la Ley para cualquier entidad financiera.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

SKANDIA S.A. pide ser revocada la decisión de primera instancia, considerando que, al momento de la afiliación, la entidad cumplió con los requisitos exigidos por la normatividad, brindando información completa, correcta y veraz sobre los beneficios y desventajas de pertenecer al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL; de la misma forma está en el proceso claro que dentro no se probó cual fue la indebida asesoría a la que se alude el actor.

Alega que no es procedente ordenar la devolución por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración, como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

Por último, ratificó en todas sus partes lo dicho en la contestación y recurso.

PROTECCIÓN S.A. dice que no cuenta con dineros del hoy demandante puesto que fueron trasladados a la AFP MUTUAL hoy SKANDIA en el año

2016, solicitando la revocatoria de la sentencia y la condena en costas en lo que respecta. En conclusión, ratificó lo manifestado en la contestación de la demanda.

Una vez cumplido el término para presentar alegatos, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA. La Sala asume la competencia para decidir los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001; igualmente, por haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, una carga presupuestaria a COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por el demandante EDUARDO GALLON MEDINA en febrero del año 1995 desde el ISS hoy COLPENSIONES RPMPD a la AFP PORVENIR S.A. –régimen de ahorro individual son solidaridad.
2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, determinar cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, para PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y si es procedente en esta instancia, analizar de fondo la condena en costas procesales.

Análisis probatorio

A fin de resolver lo anterior, la Sala acatando lo normado en los artículos 60 y 61 del C.P. del T. y de la S.S., tendrá como pruebas los documentos debidamente allegados al plenario tanto por el demandante como por las entidades demandadas, advirtiendo que no se propuso tacha alguna por falsedad respecto de los documentos allegados al plenario. Igualmente se tendrá en cuenta el interrogatorio de parte presentado por el demandante.

Solución del primer problema jurídico.

Dado que lo pretendido por el demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que su transferencia del ISS a AFP PORVENIR S.A. se dio por engaños, arguyendo que los asesores de dicha AFP no le informaron adecuadamente las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento del señor EDUARDO GALLON MEDINA para realizar el cambio advertido.

Aclarado lo anterior, esta Sala precisa que los afiliados al sistema de seguridad social están facultados para escoger libremente a qué régimen se afilian, tal como lo preceptúa el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, en el que va inmerso como principio fundamental el consentimiento libre e informado y, en el evento de que se vislumbre un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, será posible declarar la nulidad de tal escogencia.

Las administradoras de fondos de pensiones están obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y adecuada la provisión del servicio público de pensiones, con fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1.993; así mismo, se advierte, que el deber de información que le impone la ley a las administradoras de pensiones, se entiende como **obligación de carácter profesional** que se materializa a través de expertos en la materia a quienes le corresponde suministrar toda la información necesaria y relevante según sea el escenario en que se encuentra el afiliado o potencial vinculado, lo que implica un asesoramiento desde la antesala de la afiliación y que se extiende a todas las etapas de este proceso hasta que se garantice el disfrute de la pensión.

Por otra parte, el Decreto 656 de 1.994 *“por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones”* impuso en sus artículos 14 y 15 las obligaciones que debe cumplir con decoro y apego a las responsabilidades propias, esto es con diligencia, prudencia y pericia, como también toda que se le integre por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del Código Civil, regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual en ejecución de la buena fe; por lo que es claro 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.

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 2.015 y la circular Externa 016 de 2.016 de la Superintendencia Financiera, persiguen superar las inconsistencias que ha generado el traslado masivo entre regímenes sin ningún tipo de información haciendo obligatorio que el afiliado reciba información veraz de manera simultánea por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad y al régimen de prima media, garantizando así que en efecto el afiliado conforme a su situación particular tenga una libertad contractual transparente, y pueda

adoptar la decisión que mejor le convenga, a tiempo y con la mayor garantía de beneficios con base en la densidad de cotizaciones o capital por él acumulado.

Por lo antes mencionado, los fondos de pensiones son entidades con responsabilidades profesionales, aspecto plenamente respaldado en los artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994 y 1603 de C.C., por su responsabilidad en un tema tan técnico y profesional tienen el deber y la obligación de entregar una información clara y comprensible a las personas interesadas en adquirir sus servicios y afiliarse a las mismas.

Aunado a lo anterior, en reiterados pronunciamientos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso que si al momento de realizarse el acto de afiliación o cambio de régimen pensional, no hay una información clara, completa y comprensible por parte del Fondo de Pensiones hacia el usuario de dichos servicios, tal acto no tendrá la efectividad suficiente y dará lugar a la declaratoria de la ineficacia o nulidad del traslado, no siendo suficiente el simple consentimiento informado expresado en el formulario de afiliación, ya que esto no demuestra que en efecto se cumplió con el deber de suministrar dicha información, demostración esta que por demás se encuentra, dentro de un proceso judicial, en cabeza del Fondo de Pensiones, invirtiéndose la carga de la prueba. (Ver sentencias de radicados N° 31989 de 2008 M.P. Eduardo López Villegas, N° 31314 de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; N° 33083 del 22 de noviembre de 2011, la SL 9519 radicado n° 55050 del 22 de julio de 2015, la SL 19447 radicado n° 47125 de 27 de septiembre de 2017, SL 17595 con radicado n° 46292 de 18 de octubre de 2017, la sentencia SL 2372 con radicado n° 45041 de 23 de mayo de 2018, sentencia SL 47990 del 28 de febrero de 2018 y SL1452 de 2019).

En conclusión, para que el operador judicial declare la nulidad de traslado de régimen pensional, deberá realizar un análisis minucioso sobre la actuación administrativa desarrollada por la administradora de pensiones, con el fin de verificar y constatar que el afiliado recibió la información adecuada, suficiente y cierta sobre su traslado, bajo el entendido de que las mencionadas entidades fueron creadas para cumplir un servicio público como lo es la seguridad social, con conocimientos y experiencia que resultan confiables a los ciudadanos quienes les entregan sus ahorros para la previsión a su vejez, invalidez o muerte.

Es de suma importancia resaltar que, este deber conlleva, a que el afiliado goce de un completo y certero conocimiento sobre la posibilidad de elegir voluntariamente, en permanecer en el régimen público o privado de seguridad social en pensión y le permite entender sobre los beneficios y desventajas de cada uno, ya que a pesar de cubrir los mismos riesgos, cada administradora ofrece diferentes alternativas que dependiendo del aporte, de la edad, de la fecha inicial de afiliación y de otras características procesales y sustanciales, los resultados son disímiles respecto al capital ahorrado, la liquidación de las pensiones, requisitos y exigencias para ser beneficiario de las prestaciones.

Y entonces, según lo expuesto, se encuentra en cabeza del fondo de pensiones la obligación de controvertir la declaración de ineficacia del acto de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, dado que, en su libelo introductorio, el señor EDUARDO GALLON MEDINA afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PORVENIR S.A. lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertado y voluntariedad.

Por ello y siguiendo el precedente jurisprudencial antes mencionado, la Sala itera, en primer lugar, que la carga probatoria le corresponde a los fondos de pensiones y, segundo, dicha información necesaria refiere a la descripción, características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que implica un cotejo entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de dichos regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Caso concreto

Así las cosas, se tiene que el demandante EDUARDO GALLON MEDINA nació el 01 de agosto de 1962. Que se afilió al Régimen de Prima media con Prestación definida desde el **marzo de 1990**. Que posteriormente se trasladó en el **febrero de 1995** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. hecho que se acreditó en el folio 60 del expediente digital, documento bajo nombre formulario de afiliación ante AFP PORVENIR S.A. No.54001 el cual fue firmado por el demandante, dejándose plasmado que “hago constar que la selección del redimen de Ahorro Individual con Solidaridad- lo he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. manifiesto que he elegido a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A. para que administre mis aportes pensionales...”, circunstancia que no demuestra la obligación de la AFP analizada en renglones anteriores, pues la información y la libre escogencia, no se trata de diligenciar un formato ni adherirse a una cláusula genérica, *“sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”*. (ver sentencia SL19447-2017).

La A.F.P. tampoco demostró, que hubiera realizado una oferta respecto de proyecciones sobre el posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, que desde luego su resultado final, dependería del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, como tampoco se demostró que se proporcionara una comparación con el monto pensional que recibiría en el régimen de prima media, es decir, no se evidencia

el estudio holístico entre las ventajas y desventajas que representara cada régimen para el caso particular del demandante, no son suficientes para tener por demostrado el deber de información que atañe a las AFP en tanto desarrollan actividades de interés público.

Luego entonces, en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PORVENIR S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que, en este caso en particular, suministró al demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

Bajo las anteriores circunstancias, los argumentos sostenidos por los recurrentes PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES no gozan de asidero jurídico, reiterándose que, en efecto, PORVENIR S.A. no demostró que por su parte, se hubiera realizado una oferta respecto de proyecciones sobre el posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, que desde luego su resultado final, dependería del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, como tampoco se demostró que se proporcionara una comparación con el monto pensional que recibiría en el régimen de prima media, es decir, no se evidencia el estudio holístico entre las ventajas y desventajas que representara cada régimen para el caso particular del demandante.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se indujo el demandante en el momento de su traslado, debido a la ausencia de una construcción comunicativa del estudio del impacto en el derecho pensional del afiliado, por lo que, se configura una falta al deber de información y buen consejo, de la administradora demandada PORVENIR S.A. y por consiguiente, encuentra esta Sala que es totalmente nulo e ineficaz el traslado y afiliación efectuada al régimen de ahorro individual del demandante ante el fondo privado por vicio del consentimiento (error) por falta de asentimiento informado, no asistiéndole la razón a los recurrentes y quedando de esta manera resuelto el primer problema jurídico planteado en forma favorable del demandante EDUARDO GALLON MEDINA.

Segundo problema jurídico- montos a restituir

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por el demandante en febrero de 1995 por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación del demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A. realicen la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue

señalado por 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 que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

Además, la mencionada Corporación se pronunció en su sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, de la siguiente manera al analizar los efectos de la declaratoria de ineficacia de un traslado:

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 afiliado 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).

En este mismo sentido, la mencionada Corporación en su sentencia Rad. 31989 del 8 de septiembre, señaló:

Como la nulidad fue una conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de la mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiera incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C...”

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde el RPDPM hoy administrador por COLPENSIONES hacia el fondo privado PORVENIR S.A., las cosas deben retrotraerse como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución por parte de dichos fondos privados a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, de manera

completa, de todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, 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, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización, debiéndose entonces CONFIRMAR en este sentido la sentencia apelada y consultada.

Por otra parte, las demandadas alegan que, el demandante realizó diferentes traslados inter-fondos, acentuando su voluntad de pertenencia en el RAIS, sin embargo, dicha circunstancia no resulta aceptable, pues como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL2877 del 29 de julio de 2020, radicado No. 78667 y en la reciente sentencia SL5686 de 2021, la teoría de los actos de relacionamiento no denota el compromiso serio del afiliado de pertenecer al RAIS, toda vez que cuando la actuación del traslado se encuentra viciada no se convalida por los traslados realizados dentro del mentado régimen pensional; en otras palabras, la acción de cambiarse de fondo privado en el RAIS *no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales*. En efecto, la Alta Corporación reitera que la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó el demandante y precisamente la omisión a dicho deber genera la ineficacia.

En cuanto a la **excepción de prescripción formulada por las demandadas y señalada por Colpensiones en su recurso**, no opera en estos asuntos, ya que la condición de afiliado y, por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional, entonces el fenómeno de la prescripción inaplicable, tratándose de la petición de nulidad de traslado de régimen pensional, y ello obedece a la génesis de la ineficacia del traslado, que tiene como objetivo último la viabilidad de alcanzar la pensión de vejez, derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, por manera que si se genera una irregularidad en el procedimiento de traslado de un afiliado, no guarda fundamento constitucional el hecho de que se restrinja tal declaratoria a un término específico, pues aducir tal argumento, implicaría en la mayoría de los casos truncar el derecho del afiliado a adquirir una pensión de vejez en las condiciones más beneficiosas. En virtud a lo anterior, la decisión proferida por el Juez A quo deberá ser confirmada.

Por último, se rememora que las costas judiciales son aquellas erogaciones económicas que comporta la atención de un proceso judicial, en las que se incluyen: (i) **las expensas**, que son los gastos realizados y necesarios para adelantar el proceso y los causados en el desarrollo de la actuación, pero siempre distintos de los honorarios que se pagan a los abogados, como por ejemplo, la producción de determinadas pruebas, el valor del desplazamiento y

el tiempo ocupado por los testigos en su declaración, las copias necesarias para surtir determinados recursos etc., y (ii) **las agencias en derecho**, que consisten en el valor que el juzgador le da al trabajo del profesional del derecho que ha salido avante en el proceso, las que le corresponde pagar a la parte que resulte derrotada judicialmente; entonces, éste último rubro sumado con las expensas integran el concepto de costas.

En ese orden de ideas, tal y como se ha señalado en múltiples pronunciamientos de esta Sala, en lo que respecta a las costas procesales, debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cual es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio, por lo que, al resultar esta entidad vencida en juicio, es procedente la condena impuesta por el A quo, debiéndose CONFIRMAR la misma.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A. en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.00 m/cte.) a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A., y PORVENIR S.A. a favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 30 de noviembre de 2022, por las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, esto es a COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A., en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a favor del demandante.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

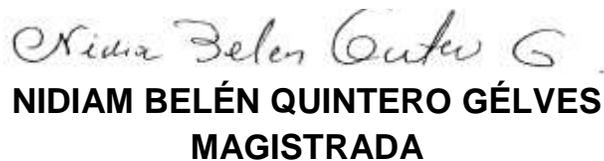
NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE**



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



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 54001-31-05-001-
2019-00359- 01**

PI 20197

EDUARDO GALLON MEDINA 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,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado