

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 cinco (05) de junio dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-002-2022-00112-01 P.T. No. 20.290

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE MARINA LOZANO ROPERO.

DEMANDADO: SKANDIA S.A. Y OTRAS.

FECHA PROVIDENCIA: CINCO (05) DE JUNIO DE 2023.

DECISION: “**PRIMERO: Confirmar** la sentencia de fecha 01 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia. **SEGUNDO: Condenar en costas** de segunda instancia a las demandadas PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.”

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy nueve (9) de junio de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy catorce (14) de junio de 2023, a las 6:00 p.m.

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO



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

Cúcuta, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2.023)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2022-00112-01
RADICADO INTERNO:	20.290
DEMANDANTE:	MARINA LOZANO ROPERO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 1 de febrero de 2.023 que fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

La señora MARINA LOZANO ROPERO interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, PORVENIR SA y SKANDIA S.A., solicitando que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó el 1 de marzo de 1999 del RPMPD a la AFP PORVENIR y como consecuencia, la nulidad o ineficacia de los traslados interfondos que realizó en el RAIS. Así mismo, solicita que se ordene a las demandadas, realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular los traslados. También solicita que se ordene a SKANDIA S.A. trasladar al RPMPD la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual y a COLPENSIONES que la reciba sin solución de continuidad, y cuando le sean entregados sus aportes, corrija y actualice su historia laboral.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que nació el 13 de enero de 1963, cumpliendo la edad mínima requerida dentro del RPMPD para acceder a la pensión de vejez, en el año 2.020.

- Que se afilió al Sistema General de Pensiones mediante el RPMPD el 12 de junio de 1995, donde cotizó un total de 181.71 semanas.

- Que el 1 de marzo de 1999 cuando fue vinculada laboralmente al CONCEJO MUNICIPAL DE CÚCUTA como asistente, se trasladó al RAIS mediante afiliación a PORVENIR, lo que pese a firmar el formulario no estuvo precedido de la suficiente ilustración por parte de esa AFP, no generándose el consentimiento informado. Que el 27 de diciembre de 2018 se trasladó a la AFP SKANDIA, la cual tampoco le ilustró suficientemente sobre las desventajas de seguir en el régimen de ahorro individual.

- Que desde su afiliación al RAIS ha cotizado 931.14 semanas para un total de 1.112 semanas cotizadas; pero afirma que al momento de la afiliación no se le hizo entrega del reglamento del funcionamiento del fondo, ni se le informó la facultad de retractarse, solo le dijeron que obtendría mejores beneficios en el RAIS que en el RPM, no le indicaron las modalidades pensionales, la incidencia en el monto pensional, la necesidad de acumular rendimientos financieros, el cobro de comisiones a descontar sobre sus recursos y no hubo ilustración suficiente sobre las proyecciones pensionales.

- Que ha radicado diferentes peticiones ante las entidades para solicitar información y proyecciones pensionales, incluyendo la solicitud de nulidad de traslado o retorno al RPM pero le fue negado alegando la edad actual como límite legal.

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

- Que no le constan los hechos o no son ciertos y los mismos deben probarse; indicando sobre el momento de la afiliación mediante formulario No. 01156386 del 1 de marzo de 1999, que la entidad realiza exhaustivos procesos de capacitación y formación a sus funcionarios en relación con el funcionamiento del Sistema General de Pensiones, para que se atiendan de manera eficiente a todos los usuarios, por lo que el diligenciamiento y firma del formulario se da fe de que el traslado fue libre y espontaneo, y que la actora recibió la información pertinente, lo cual era el único requisito legal exigido acorde al Decreto Reglamentario 692 de 1994.

- Que se opone a las pretensiones porque 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 la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial. Que en todo caso debe valorarse el efecto de la nulidad para las restituciones mutuas y la equivalencia entre lo ahorrado y el aporte legal correspondiente. Solicita que se valoren los múltiples traslados entre fondos del RAIS que tuvo la actora entre los fondos ING (hoy PROTECCIÓN), PORVENIR y SKANDIA, evidenciando conocimiento en el funcionamiento del sistema

- Que la parte demandante no realizó esfuerzo argumentativo y probatorio alguno para establecer qué clase de error se alega, ni la entidad del mismo, para poder determinar si tiene la virtualidad de anular el consentimiento; se limitó en un relato difuso e impreciso a endilgarle responsabilidad a esa AFP sin sustento probatorio alguno. Que tan consiente y valida fue la decisión del demandante que el art. 3 del Decreto 1161 de 1994 le ofrecía la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a su elección y no lo hizo.

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

- Que al momento de realizarse la afiliación o traslado a esa A.F.P., no existía disposición en la ley 100 de 1993 que regulara expresamente la forma en que se debía dar asesoría para el cambio de régimen, asunto que vino a ser regulado con la expedición de la Ley 1328/2009 en su artículo 48.

- Que la demandante después de muchos años demanda la nulidad de su traslado, cuando durante ese lapso, ya existía información decantada y accesible al público en general acerca de las diferencias e implicaciones de los regímenes pensionales de la Ley 100 de 1993, y dejó pasar todas las oportunidades que las disposiciones legales le ofrecían para hacer válidamente un nuevo traslado de régimen pensional y además, se encuentra incurso en la prohibición legal de traslado de régimen del art. 2 de la ley 797/2003, pues se encuentra a menos de 10 años de la edad de pensión, lo que evidencia conformismo o en el peor de los casos, desidia sobre el asunto, no puede ahora alegar su propia torpeza.

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

- Que en la sentencia de la CSJ-Sala Laboral, SL19447-2017 de fecha 27 de septiembre de 2017, Radicado No 47125, MP Gerardo Botero Zuluaga, se establece como uno de los requisitos de procedencia para declarar ineficaz la afiliación, que la insuficiencia de información impida el acceso al derecho a pensión y para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

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

- Propuso las excepciones de: falta de integración del litisconsorcio respecto de PROTECCIÓN, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

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

- Respecto de los hechos refiere principalmente que no le constan o no son ciertos como están redactadas, explicando que la entidad no tiene conocimiento o injerencia en los hechos relacionados con otras entidades demandadas; que la actora se afilió desde el 27 de diciembre de 2018 a esa entidad, mediante un que proceso se dio de manera libre y voluntaria y en cumplimiento de todos los requisitos legales vigentes para la época de la afiliación y momento para el que tenía 55 años, por lo que estaba inhabilitada para retornar al régimen de prima media. Advierte que sus asesores comerciales son debidamente capacitados, en aras de que puedan otorgar a posibles clientes un completa asesoría acerca de los servicios que ofrece, las condiciones, ventajas, desventajas y las modalidades pensionales existentes en el RAIS, lo que se evidencia en el actuar de la actora por sus traslados horizontales entre AFP, no valiéndose de ninguna información engañosa o ventajosa para lograr el convencimiento.

- Que no se opone ni allana a las pretensiones dirigidas a otras entidades. Que se opone a las pretensiones formuladas en su contra, porque la accionante desconoce que bajo la libre elección de régimen decidió trasladarse al RAIS desde el año 1999 y que para el año 2018 válidamente suscribió formulario de afiliación a SKANDIA S.A, de manera voluntaria, lo cual estuvo exento de cualquier apremio o engaño que pudiera ser inducido por el personal de la administradora y resulta claramente demostrado, toda vez que, al suscribir dicho formulario, dejó constancia de esto. Resaltó que la demandante no hizo uso del derecho de retractarse de la afiliación suscrita al Fondo de Pensiones que administra.

- Explica que la entidad tiene establecido un procedimiento de capacitación dirigido a los asesores comerciales, el cual consiste en entregarles todas las herramientas e información, necesarias para que se encuentren de la capacidad de brindar asesoría integra; lo que se materializa con el respectivo formulario de afiliación acorde al Decreto 692 de 1997, sin que sea obligatorio entregar una proyección de pensión; advirtiendo que existe un deber de diligencia bilateral entre las partes.

• Propuso como excepciones de mérito: cumplimiento de las obligaciones propias del objeto y de la naturaleza jurídica de SKANDIA S.A.; validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual; no es viable el traslado de la demandante al Régimen de Prima Media; inexistencia de la obligación reclamada; no se reúnen los presupuestos de ley para a configuración de la nulidad o ineficacia pretendida; falta de título y causa en la demandante; cobro de lo no debido; prescripción sin aceptación de la obligación; buena fe de SKANDIA SA y la innominada.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

• Que admitía las fechas de nacimiento de la demandante, así como, que estuvo afiliada y realizó aportes al ISS, e igualmente, que solicitó ante esa Administradora el traslado de régimen. Respecto a los demás hechos expresó que no le constan o son circunstancias susceptibles de la fijación del litigio que deberán ser probadas.

• Indicó que se opone a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad teniendo en cuenta que, en principio, la escogencia y afiliación a un determinado régimen de pensiones, debe ser un acto libre, consciente y voluntario del trabajador; por lo que debe demostrarse por la interesada que no se cumplieron los requisitos del artículo 1502 del Código Civil, lo que no se logra colegir en este asunto.

• Señala que el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93, dentro de los términos y límites establecidos en la norma. Advirtiendo que no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras.

• Considera que la decisión perseguida sería un perjuicio a la sostenibilidad económica del sistema pensional, por cuando el límite legal impuesto para retornar busca evitar la *descapitalización* del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la *equidad* en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros.

• Alega que corresponde a la parte demandante probar la supuesta indebida y engañosa información que brindó el fondo privado y que se alega en la demanda o al fondo privado le corresponde probar que brindó la información y los elementos necesarios para que la demandante pudiera adoptar una decisión adecuada, excluyéndose de esta responsabilidad a Colpensiones.

• Propuso las excepciones de mérito de: buena fe, inexistencia de la obligación demandada, falta de derecho para pedir, prescripción, cobro de lo no debido, inoponibilidad de la responsabilidad de las AFP, responsabilidad sui generis, juicio de proporcionalidad y ponderación, improcedencia en caso de pensionado e innominada.

Mediante auto del 5 de agosto de 2022 se dispuso integrar al litisconsocio necesario por pasiva a la AFP PROTECCION, entidad que al contestar la demanda a través de apoderado judicial manifestó:

• Que no le constan algunos hechos porque no existen en los archivos de la entidad, o que no son ciertos. Que se opone a las pretensiones por cuanto existe un traslado horizontal desde AFP PORVENIR a esa entidad el 4 de agosto de 2000, pero el cual tuvo previa asesoría por parte de los consultores de la entidad, quienes suministraron información precisa, veraz y de fondo sobre las implicaciones de su traslado, entre ellas sus desventajas, ventajas y las diferencias conforme a ésta explicación la actora de manera libre y voluntaria decide afiliarse suscribiendo la solicitud de vinculación

- Que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos que apoyen la pretensión y no hay lugar a dicha reclamación, pues la afiliación realizó cumpliendo con los parámetros legales establecidos para la época, en relación al deber de información acto que se materializó con la asesoría hecha por parte de los consultores y no se demuestra la configuración de un vicio del consentimiento; aclarando que la actora volvió a AFP PORVENIR el 21 de marzo de 2002 y para esa época aun podía retornar a COLPENSIONES.

- Propuso como excepciones de mérito: buena fe, inexistencia de capital acumulado en esa AFP, declaración libre y espontánea, inexistencia de obligación de devolver cuotas de administración y seguro previsional, prescripción y 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, SKANDIA y PORVENIR S.A., contra la Sentencia del 01 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

*“PRIMERO: **DECLARAR** la ineficacia en sentido estricto de la afiliación de la señora Marina Lozano Roperó a la Administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A. suscrita el día 01 de marzo del año 1999 por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad no surtió efectos.*

*SEGUNDO: **ORDENAR** a la Administradora de Fondos de pensiones PORVENIR S.A, a Administradora de Fondos de pensiones SKANDIA S.A y a la Administradora de Fondos de pensiones PROTECCION S.A, a devolver al régimen de prima media de prestación definida todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo 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; así mismo asumir con su patrimonio los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso que se hubieren causado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 20 y 60 de ley 100 de 1993 en que hubieren incurrido.*

*TERCERO: **ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES a que proceda aceptar el traslado de la demandante del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.*

*CUARTO: **CONDENAR** en costas a cada una de las entidades demandadas, fijando como agencias en derecho en favor de la parte demandante la suma de (1) SMLMV en contra de cada una de las demandadas y en favor de la demandante.*

QUINTO: REMITIR el presente expediente a la Oficina Judicial para que surta el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del código procesal laboral y de la seguridad social.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que no está en discusión que la actora se afilió inicialmente al Instituto de Seguro Sociales, desde junio de 1994; que en marzo de 1999 se trasladó del RPMPD al RAIS a través de la AFP PORVENIR y que dentro de este efectuó diferentes traslados entre Fondos de Pensiones (en agosto de 2000 a PROTECCIÓN, antes ING, nuevamente a PORVENIR en marzo de 2002 y a SKANDIA en febrero de 2019).

- Que el litigio se fijó en establecer si a la demandante le asiste el derecho al retorno del RAIS al RPMPD, para lo que se entra a determinar si dicho traslado que efectuó surtió efecto o por el contrario debe ser declarado inexistente.

- Indicó que ese despacho sostiene una tesis positiva al primer problema jurídico, teniendo en cuenta que la demandada PORVENIR S.A. no acreditó haber

suministrado a la actora la información necesaria para lograr la mayor transparencia al momento del traslado entre regímenes, a través de elementos de juicios claros y objetivos para que pudiera escoger la mejor opción del Sistema General de Seguridad Social en pensiones.

- 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, con especial énfasis en los literales: a) relativo a la obligatoriedad de la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, b) que versa sobre la afiliación a uno u otro régimen pensional de forma libre y voluntaria, c) que consagra el derecho de los afiliados al reconocimiento y pago de las prestaciones y e) en el cual según la modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 797 del año 2.003 se señala que el afiliado se puede pasar de un régimen a otro, siempre que haya permanecido como mínimo cinco años en el régimen del cual quiere trasladarse, y no podrá cambiar de régimen pensional cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le dé derecho a la pensión.

- Recordó los artículos 271 y 272 ibídem, en los que se establecen las consecuencias de atentar contra el derecho de afiliación de forma libre y voluntaria, se advierte que cuando se impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, esta quedara sin efecto y podrá realizarse nuevamente, y que el Sistema Integral de Seguridad Social no tendrá aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores.

- Expresó 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.

- Señaló el deber de información que le asiste a las administradoras de fondos de pensiones como instituciones financieras privadas de carácter previsional, las cuales conforme al artículo 97 de la ley 100 de 1993, deben cumplir con ciertos requisitos para su creación y funcionamiento, y según lo establecido en el Decreto 657 del 94, ello implica su vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera en los términos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 del 93), bajo ese supuesto tienen el deber de dar a conocer a los usuarios del sistema toda la información necesaria para que puedan decidir de manera libre y voluntaria su afiliación a alguno de los regímenes pensionales.

- Concluyó que de las características del sistema general de pensiones y del deber de información de las AFP, surge el principio fundamental del consentimiento libre e informado, sin embargo, si este carece de alguna de sus solemnidades, contiene un vicio en su producción o se realizó sin una debida información o con ausencia de esta, será posible declarar la ineficacia de los efectos de la afiliación o traslado.

- Indicó que era necesario analizar el alcance al deber de información que le asiste a las entidades administradoras de fondos de pensiones, para lo cual recordó que estas tienen la exigencia del cuidado de los intereses de quienes se dirigen a ellas, el cual inicia desde las etapas previas y preparatorias para la formalización de la afiliación, durante la misma y cuando se den los requisitos para el reconocimiento de las prestaciones que surgen, dada la confiabilidad de quienes van entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, invalidez o una eventual pensión de sobrevivientes para sus posibles beneficiarios.

- Resaltó que se entiende que 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. Así mismo, que deben cumplir dichas obligaciones como lo manda el artículo 1603 del Código Civil y que estas entidades tienen la carga probatoria de mostrar que informaron y orientaron adecuadamente a los afiliados sobre las ventajas y desventajas del traslado entre regímenes pensional, de acuerdo a lo

establecido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 18 de octubre del 2017, radicación 46292.

- Que la Corte Suprema de justicia Sala Laboral, en sentencia SL1452 del año 2019, explicó que las administradoras de fondos de pensiones desde su creación tienen el deber de brindar una información al usuario sobre el sistema pensional, cuyo grado de intensidad se ha transformado con el paso del tiempo, de modo que corresponde a los jueces evaluar su cumplimiento en el momento histórico que debía cumplirse, así mismo, que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente, correspondiendo la carga de la prueba al Fondo de Pensiones.

- Expuso que el traslado entre regímenes pensionales de la demandante aconteció en la primera de las etapas que ha definido la jurisprudencia sobre el deber de información que le asiste a las AFP, dentro de la cual se debían cumplir los requisitos de la afiliación conforme al artículo 97 del decreto 663 del 93 y el artículo 11 del Decreto 692 de 1.994, en donde se establece que se debe llenar en debida forma un formulario de afiliación por escrito, no obstante, como se dijo en sentencia de SL1452 del año 2019, el simple consentimiento allí vertido no es suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información y se requiere el consentimiento informado.

- Al descender al caso concreto, sostuvo que se observa que se aportó al plenario el formulario de vinculación de la actora a la AFP PORVENIR SA, de fecha 1 de marzo de 1999, el cual aceptan las partes fue suscrito por la demandante y en el que se dejó plasmado que su traslado se realizó de forma voluntaria; lo que no se encuentra debidamente acreditado con el acervo probatorio allegado, toda vez que la información que debe ser suministrada al posible afiliado no debe ser una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación.

- 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.

- Indicó que la actuación viciada del traslado del RPMPD al RAIS, no se convalida con los traslados entre administradoras de este último régimen, pues esto no implica la ratificación del cambio entre regímenes que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales, como lo ha advertido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia radicado 31989 del 09 de septiembre de 2.008.

- Que la excepción de prescripción no es aplicable al presente asunto en virtud a la sentencia SL1689 del año 2019 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; igualmente advierte que todas las administradoras deben participar de la devolución de los saldos, descuentos y rendimientos que les correspondieron, a pesar de no haber participado de la afiliación inicial.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada COLPENSIONES:

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

- Que se demostró que hubo una debida, comprensible y suficiente información al momento del traslado del régimen, la actora no tuvo interés en indagar la veracidad de lo informado, sí hubo asesoría y debía hacer el retorno en los términos de ley, alegando que el deseo del traslado de la actora se limita a recibir un mejor monto pensional y dicho argumento no es de recibo, dadas las diferencias características de cada régimen.

- Que esa entidad no intervino al momento de dar información a la demandante y su actuación se limita a las obligaciones legales, no siendo dable aceptar la condena en costas.

3.2 De la demandada PORVENIR:

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

- Que se reitera la oposición a la pretensión de ineficacia y adicionalmente solicita que se revoque la condena del numeral cuatro de la sentencia porque resulta en contravía del artículo 964 del Código Civil y de la Ley 100 de 1993, pues como fondo, por su actividad generó los rendimientos o frutos que se ordenan restituir y se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones ya que son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos.

- Que para este caso el fondo prestó sus servicios por todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada al mismo y se lograron los rendimientos años tras año, por lo que resulta imposible dejar sin efecto los servicios prestados. Que los mismo sucede con el seguro previsional debido a que las aseguradoras ya prestaron sus servicios, lo que no se puede retrotraer, máxime cuando son terceros ajenos al proceso.

- Que entiende que los rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta de ahorro individual, pero no se entiende que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión de esa entidad, toda vez que gracias a su buena administración el afiliado incrementado su capital, y se debe tener en cuenta que la Administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en este mismo periodo y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa, por lo que de acuerdo al artículo 1746 del Código Civil se considera que frente los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución.

3.3 De la demandada SKANDIA S.A.

La apoderada de la demandada SKANDIA S.A., interpone recurso de apelación manifestando:

- Que más allá de la declaratoria de ineficacia de la afiliación, no debe condenarse a la entidad a devolver más que los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual, pues los demás son gastos, comisiones y descuentos derivados de la gestión de la entidad, situaciones que ya fueron causadas y están justificadas en la normativa aplicable para dicha entidad financiera. Estos descuentos no pueden considerarse una merma pues responden a aplicación de las normas del sistema para prever la protección del seguro, gastos de administración y fondo de garantías; negar esto implicaría desconocer que la cuenta del actor derivó unos frutos y mejoras propios del buen negocio y administración de la entidad, conforme el artículo 966 del Código Civil, del cual no se puede privar a Skandia.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDANTE:** El apoderado de la demandante manifestó que las demandadas no tienen razón en su apelación, pues la providencia atacada respeta el precedente judicial en materia de declaratoria de nulidad de traslado de régimen pensional, sobre que este se determina por la ausencia de consentimiento informado, que no basta la mera suscripción del formulario de afiliación y la carga

de la prueba corresponde a la demandada, no siendo necesario que pertenezca al régimen de transición y sin que se generen las afectaciones alegadas por SKANDIA, pues solo debe trasladar a COLPENSIONES los cálculos correspondientes al IBC, acorde al aporte pensional del trabajador.

• **PARTE DEMANDADA:** La apoderada de COLPENSIONES señaló que se opone a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad teniendo en cuenta que, en principio, la escogencia y afiliación a un determinado régimen de pensiones, debe ser un acto libre, consciente y voluntario del trabajador, por lo que debe demostrarse error, fuerza o dolo que lo vicie, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga además una causa lícita para declarar la nulidad solicitada; pero en el asunto examinado, no se logra colegir la ausencia de alguno de los elementos anteriormente mencionados, ni tampoco que fuese engañado y conducido a un error en su convencimiento. Que el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen. Advierte que el traslado puede generar una afectación al sistema pensional, al no haberse mantenido en el período de permanencia obligatoria y se mantuvo tiempo suficiente en ese régimen para consolidar una seguridad jurídica de inoponibilidad sobre su afiliación. Igualmente, se opone a la condena en costas.

El apoderado de SKANDIA S.A., señaló que se ratifica en su recurso de apelación, particularmente en la condena proferida en contra de mi mandante a la devolución de comisiones, cuotas de administración y los valores de seguros previsionales como consecuencia de la declaratoria de ineficacia; los cuáles considera improcedente pues son producto de su administración juiciosa, acorde a la norma aplicable y ello generaría un enriquecimiento sin justa causa frente a dineros que garantizaban su aseguramiento y si la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca SKANDIA S.A. debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo, el artículo 1746 del Código Civil regula las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras. Advierte que nunca se probó la mala fe de la entidad, por lo que no puede aplicársele consecuencia jurídica adversa. Finalmente, refiere frente a la absolución de la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, que se contrató el seguro previsional legalmente obligatorio y por ende es quien debe devolver la prima.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER

El problema jurídico propuesto a consideración de esta Sala es el siguiente:

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de la señora MARINA LOZANO ROPERO del RPMPD al RAIS, realizado a través de la A.F.P. PORVENIR S.A.?, de ser procedente, ¿si esto a su vez deja sin efecto las subsiguientes afiliaciones que la actora hizo dentro del RAIS a administradoras de fondos de pensiones? y ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?

8. CONSIDERACIONES

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora MARINA LOZANO ROPERO del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., o si por ende procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia, dado que desde la creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones, estas tenían el deber de suministrar información suficiente a los usuarios para que al momento de solicitar la afiliación a dichas entidades, existiera un consentimiento informado que fuera realmente libre y voluntario, lo que no se indica con la sola suscripción del formulario, por lo que en ausencia de prueba que demostrara que efectivamente se brindó la debida información a la demandante, consideró que el traslado entre regímenes no surtió efecto, por lo que ordenó a la AFP SKANDIA devolver los aportes que la actora hizo al RAIS, con sus frutos e intereses y a todas las administradoras a asumir los deterioros y mermas sufridas con sus descuentos legales por gastos de administración, seguros y demás.

A esta conclusión se opuso COLPENSIONES por estimar que goza de plena validez el traslado realizado al RAIS por la demandante, quien no demostró interés en subsanar la información recibida. Por otra parte, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. advierten que se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones ya que son la retribución por los servicios prestados, los cuales resulta imposible dejar sin efecto, lo que igualmente sucede con el seguro previsional.

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

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

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

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

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

obligaciones expresas sino también a las responsabilidades que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación.

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

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

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

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

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

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

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que *“es la demostración de un consentimiento*

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

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

La demandante manifestó que se afilió al Sistema General de Pensiones mediante el RPMPD el 12 de junio de 1995 y el 1 de marzo de 1999 se trasladó al RAIS mediante afiliación a PORVENIR, lo que no estuvo precedido de la suficiente ilustración por parte de esa AFP. Que posteriormente realizó varios traslados interfondos, sin que estas decisiones puedan considerarse libres y voluntarias por falta de información.

De las pruebas documentales allegadas al proceso, entre las que se encuentran historias laborales, certificado SIAFP y formularios de vinculación a Administradoras de Fondos de Pensiones, se puede evidenciar que la actora estuvo inicialmente afiliada al RPMPD mediante el I.S.S. (Hoy COLPENSIONES) y con formulario de fecha No. 01156386 del 1 de marzo de 1999, solicitó cambio de régimen con afiliación a la AFP PORVENIR, lo cual se hizo efectivo el 1 de mayo de 1995. Así mismo, que posteriormente dentro del RAIS realizó varios traslados interfondos (a COLPATRIA en diciembre de 1999, ING en agosto de 2000, PORVENIR en marzo de 2002, HORIZONTE en 2004, PORVENIR en abril de 2007, HORIZONTE en septiembre de 2012), encontrándose con afiliación activa al momento de presentar la demanda con la A.F.P. SKANDIA (entonces OLD MUTUAL) mediante formulario No, 820931 del 27 de diciembre de 2018 .

Lo primero a destacar, es que la administradora de fondos de pensiones HORIZONTE S.A. y COLPATRIA S.A. conforma hoy la A.F.P. PORVENIR S.A., igualmente ING es actualmente PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL es SKANDIA S.A.¹, por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva en cuanto a esta entidad.

Se resalta que el traslado de régimen pensional se dio con el diligenciamiento del formulario de solicitud de vinculación a PORVENIR S.A. de fecha 1 de marzo de 1999, que fue suscrito por la demandante y no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento en que la actora se trasladó de régimen pensional, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, la señora MARINA LOZANO ROPERO , no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario por medio del cual se trasladó de régimen pensional, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para

¹ Ver reportes en prensa:

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

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

<https://www.portafolio.co/economia/finanzas/lista-fusion-afp-proteccion-e-ing-73514>

<https://www.larepublica.co/finanzas/con-la-compra-de-cmig-international-old-mutual-volvera-a-llamarse-skandia-2611331>

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 PORVENIR S.A, brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para marzo de 1.999 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 el referido con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo anterior, en su momento PORVENIR S.A, no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, 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 actor 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 MARINA LOZANO ROPERO, donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Respecto a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por si sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor, se ha concluido que PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., incumplieron con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el año 1.999 y los siguientes, 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 cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

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

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

Por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, se deben devolver completamente todas las prestaciones recibidas del afiliado, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con

Prestación Definida de COLPENSIONES. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

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

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

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

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

Ahora bien, respecto de los demás argumentos de los apelantes sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021: *“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”*

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

Lo anterior, además, permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar al actor desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1.999 en esa entidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 1 de febrero de 2023. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas COLPENSIONES, SKANDIA y PORVENIR S.A. al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor de la actora por la segunda instancia la suma de \$250.000 a cargo de cada una de entidades previamente mencionadas.

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 01 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a las demandadas PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

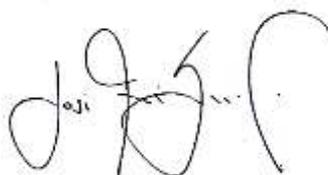
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA**



**DAVID A. J. CORREA STEER
MAGISTRADO (SALVA VOTO)**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**



República de Colombia

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

SALVAMENTO DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Radicado: n.º 540013105002 2022 00112 01

Partida Tribunal: 20290

MARINA LOZANO ROPERO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

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

Sea oportuno señalar, que si bien el suscrito Magistrado, 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.

Así las cosas, para el suscrito Magistrado, surgen interrogantes como: **¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante, quien para el 1.º de abril de 1994, ni siquiera se encontraba afiliada al Sistema General de Pensiones, e inició la formación de su derecho de pensión sólo a partir del día 12 de junio de 1995?** (Las negrillas son mías).

En esa medida, para el mes de abril de 1994, la demandante no se encontraba afiliada a ningún fondo pensional, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su traslado posterior a PORVENIR S.A. le cercenó ese derecho.

Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452-2019, se debe advertir que no se desconoce la

obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad; sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, per se, no afecta, ni la validez, ni la eficacia del acto jurídico mismos de afiliación, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); no obstante, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Además de lo anterior, no se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 ídem.

Tampoco, se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la A.F.P. PORVENIR S.A. en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

En los anteriores términos, presento mi salvamento 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