



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 tres (03) de agosto dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-003-2021-00238-01 P.T. No. 20.391

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE DARWIN GILBERTO CLAVIJO CÁCERES.

DEMANDADO: COLPENSIONES y OTRAS.

FECHA PROVIDENCIA: TRES (03) DE AGOSTO DE 2023.

DECISION: **“PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha 17 de enero de 2023 proferida por el Juzgado Tercero 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 SKANDIA S.A., PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada. Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.”

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy diez (10) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy catorce (14) de agosto 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

Tres (03) de Agosto de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2021-00238-01
RADICADO INTERNO:	20.391
DEMANDANTE:	DARWIN GILBERTO CLAVIJO CÁCERES
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A., así como el Grado Jurisdiccional de Consulta, sobre la Sentencia del 17 de enero de 2023, que fue proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

El señor DARWIN GILBERTO CLAVIJO CÁCERES por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las A.F.P. PORVENIR S.A, solicitando que se declare ineficaz y/o nulo el traslado realizado en septiembre de 1995 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el entonces I.S.S. al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR, para que se ordene a la actual administradora SKANDIA S.A., a devolver al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación y/o traslado del señor DARWIN GILBERTO CLAVIJO CÁCERES a esa Entidad, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, desde la fecha que se produjo el traslado ineficaz y hasta que se produzca el reintegro; que se condene a las A.F.P. a asumir a su cargo el deterioro sufrido por los dineros administrados, el cual no se hubiera producido si los mismos hubieran permanecido bajo la administración de COLPENSIONES desde la fecha que se produjo el traslado ineficaz y a esta a adelantar los trámites para dar continuidad a la afiliación como si se mantuviera vigente desde octubre de 1989.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que el señor CLAVIJO CÁCERES se afilió al I.S.S. en marzo de 1989, donde se mantuvo por seis años hasta septiembre de 1995 cuando recibió la visita de un asesor de la A.F.P. HORIZONTE (hoy PORVENIR) para proponerle trasladarse del

régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, pero no le suministró la ilustración suficiente ni las explicaciones necesarias para adoptar una decisión tan importante.

- Que al momento de la proposición, no le fue suministrada información de los beneficios particulares que recibiría por estar afiliado al Sistema General de Pensiones en el RAIS frente al RPM, ni se realizó una proyección de su eventual pensión en ambos regímenes para compararlos objetivamente y solo se le indicó que el valor de la mesada sería mayor para los jóvenes, que el estado era deficiente para administrar el I.S.S. y como es una persona inexperta en asuntos técnicos, financieros y actuariales sobre manejo de pensiones, de buena fe suscribió el documento de traslado sin tener la información para sopesar adecuadamente.

- Que posteriormente se trasladó internamente a AFP COLPATRIA (también PORVENIR), y en 2016 a SKANDIA, pero en ningún caso contó con plena libertad informada y ahora por el límite de edad no puede retornar al régimen de prima media, pero se advierte que su mesada será más lesiva en el RAIS respecto de si hubiera permanecido en el RPM, evidenciando que fue asaltado en su buena fe; ha solicitado la nulidad e ineficacia administrativamente pero ha sido negada.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relacionados con la fecha en que se afilió al RPMPD y que presentó solicitud de traslado de régimen. Sobre los demás hechos manifestó que no le constan.

- Que se opone a la declaratoria de ineficacia de la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues la escogencia y afiliación a un determinado régimen de pensiones, es un acto libre, consciente y voluntario del trabajador. Por lo tanto, es obligación demostrar que se ha producido una situación jurídica diferente mediante la prueba suficiente de que hubo un vicio de consentimiento pues de lo contrario debe permanecer la validez del formulario que perfeccionó el traslado.

- Expuso que no puede predicarse ineficacia o nulidad de traslado, pues la elección efectuada por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93 y la afirmación de indebida y engañosa información, deberá alegarse y demostrarse en el transcurso del proceso judicial

- Señaló que no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.

- Que la carga dinámica no es absoluta y obedece a la verificación de los escenarios donde la expectativa pensional, la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, la calidad del demandante y otros relacionados con las actividades financieras que ejecuta un usuario durante su vida laboral, le permitía escoger acertadamente el régimen pensional.

- Propuso las excepciones de mérito de: inexistencia de la obligación demandada, falta de derecho para pedir, cobro de lo no debido, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, no procedencia cuando la persona se encuentra pensionada, prescripción e innominada.

La demandada SKANDIA S.A. al contestar la demanda a través de apoderado judicial manifestó:

- Que no le constan los hechos referentes a personas jurídicas distintas, señalando que el actor se afilió a dicha entidad el 14 de enero de 2016 y los asesores de SKANDIA S.A. brindaron al demandante información íntegra sobre el RAIS, la cual quedó clara, y por consiguiente tomó la decisión sin ningún tipo de coacción de realizar su solicitud de traslado de AFP, como lo registra formulario de afiliación, el cual aportó con esta contestación, dejando constancia de su intención de permanecer en el RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones, evidenciando diferentes traslados internos en el SIAFP.

- Que se opone a las pretensiones porque no es factible desconocer que el actor válidamente suscribió formulario de afiliación con mi representada, y varias afiliaciones ante otras administradoras del régimen haciendo uso de su derecho a la libre elección de régimen, bajo su mera liberalidad y voluntad, y exento de cualquier apremio o engaño, indicando que los asesores comerciales de SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., están debidamente capacitados para dar toda la información relevante y necesaria para orientar a las personas en sus posibles inquietudes respecto del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de manera que puedan tomar una decisión libre, espontánea e informada.

- Que la afiliación a esa entidad cumplió con la totalidad de los requisitos legales para su validez por cuanto no existen motivos que soporten la nulidad que pretende el accionante con el presente proceso, cumpliendo el formulario con los requisitos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, sin que hiciera uso del derecho de retractarse de la afiliación y no es dable hacer proyecciones como las solicitadas solo se pone a disposición de los afiliados, herramientas financieras para que conozcan las consecuencias de su traslado y el actor ha permanecido por 26 años en el RAIS, por lo que no es dable desconocer su voluntad, pues tuvo este tiempo para solicitar la información oportuna para retornar al RPM.

- Que carga probatoria que se impone a las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías resulta desproporcionada, pues además de que se resta todo valor probatorio a los formularios de afiliación, se exige que se prueben, conforme las exigencias actuales, hechos que acaecieron con bastante una antelación; solicitando además que se analicen los efectos de movilidad del accionante en las diferentes AFP en el curso de su vida laboral como actos de relacionamiento.

- Propuso como excepciones de mérito: cumplimiento de las obligaciones propias del objeto y naturaleza jurídica, validez de la afiliación, no viabilidad del traslado al RPM, inexistencia de la obligación, falta de requisitos para configurar nulidad o ineficacia, falta de título y causa, inexistencia de obligación de devolver el seguro previsional, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe e innominada. Solicitó también llamamiento en garantía de la ASEGURADORA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., para que en caso de ordenar la devolución de las primas de seguro previsional se dispongan a su cargo por haber sido donde se destinaron.

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

- Que no le constan los hechos y deben probarse, así mismo, indicó que se opone a las pretensiones. Alegó que en el formulario de afiliación y traslado suscrito por la demandante deja las siguientes constancias: *“HAGO CONSTAR QUE REALIZO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS PROPIOS DE ESTE, EN PARTICULAR, SOBRE EL...”* y dejó constancia de *“haber recibido asesoría amplia y suficiente, conozco y entiendo las implicaciones*

legales que tiene mi decisión de traslado de Régimen de ahorro individual por medio de la solicitud de vinculación al fondo de pensiones obligatorias de PORVENIR S.A.”, por lo que esta es una manifestación unilateral del demandante que fue libre, espontánea y sin presiones, agregando que la entidad constantemente comunica a sus afiliados el estado de sus ahorros, rendimientos y posibilidades. Que los actos de traslado entre AFP son relacionamiento que demuestran su vocación de permanencia.

- Que se opone a las pretensiones pues el traslado de régimen se realizó conforme a derecho y no existe vicio alguno que 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; advirtiendo que en todo caso es la actual AFP SKANDIA quien debe asumir los efectos de una hipotética condena por las restituciones mutuas.

- Que las pruebas documentales aportadas, en particular el formulario de vinculación o traslado suscrito por la actora bajo la gravedad del juramento, dan constancia de que tomó su decisión de manera libre, espontánea, sin presiones y con la suficiente información. 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.

- Enfatizó que, al momento de realizarse la afiliación o traslado, 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, lo que se dio con la expedición de la Ley 1328 de 2009.

- Indicó que informó a sus afiliados de las posibilidades de traslado y retorno de régimen, legítimo derecho del cual no hizo uso la demandante, quien además se encuentra incurso en la prohibición legal del art. 2 de la ley 797 de 2003, por no ser beneficiaria del régimen de transición y al encontrarse a menos de 10 años de la edad de pensión, se evidencia conformismo o desidia sobre el asunto. Igualmente señaló que con el traslado de régimen de pensiones la actora no perdió la posibilidad de la aplicación de normas favorables por lo que es inoficioso amparar su reclamación.

- Que en caso de acceder a las pretensiones, se debe considerar que de conformidad con la sentencia SU-62/2010 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.

- Que el perfil profesional y experiencia del demandante hacen que deba tener nociones sobre la forma como opera el RAIS y guardar diligencia debida al momento de tomar decisiones en temas pensionales, tales como el traslado del RPM al RAIS, y los posteriores traslados inter fondos del RAIS, que además estos traslados entre el RAIS evidencian convalidación y conocimiento por ser actos de relacionamiento.

La llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., contestó señalando que de ninguna manera le corresponde asumir devoluciones de primas pagados por concepto de seguro previsional, pues durante la vigencia de sus pólizas estas se mantuvieron vigentes en el contrato y por ende se configuraría un enriquecimiento sin causa, por lo que se opone a las pretensiones.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 17 de enero de 2023 que fue proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del demandante DARWIN GILBERTO CLAVIJO CÁCERES a la ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. En consecuencia, DECLARAR que, para todos los efectos legales, el demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones recibidas de la demandante, así como las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional con cargo a sus propias utilidades debidamente indexadas.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES que valide la afiliación del demandante DARWIN GILBERTO CLAVIJO CÁCERES reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A., para financiar las prestaciones económicas a las que tenga derecho eventualmente la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas.

SEXTO: ABSOLVER al llamado en garantía MAPFRE S.A.

SÉPTIMO: CONSULTAR esta providencia a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que se debe establecer si para el momento en que el señor DARWIN GILBERTO CLAVIJO CÁCERES decidió trasladarse desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías HORIZONTE S.A. y PORVENIR S.A., cumplió del deber de información que le competía en virtud de lo establecido en el artículo 97 del Estatuto Financiero, para verificar si hay lugar a decretar la ineficacia del traslado de régimen pensional y si hay lugar a ordenar a PORVENIR S.A., a devolver los rendimientos, comisiones, descuento realizados por gastos de administración seguro previsional y fondo de solidaridad para ser trasladados a COLPENSIONES.

- Preciso que al examinar las pruebas allegadas al proceso se observa que el demandante se afilió al I.S.S. el 2 de marzo de 1989 y realizó cotizaciones hasta octubre de 1995 por 144.75 semanas cotizadas, suscribiendo formulario de afiliación No. 512630 de AFP HORIZONTE del 13 de septiembre de 1995, luego se trasladó desde el 4 de febrero de 2016 a AFP OLD MUTUAL – hoy SKANDIA; por lo que se debe analizar los requisitos y exigencias para el momento del primer traslado del demandante del RPMPD al RAIS en 1995, época en la cual las administradoras de fondos de pensiones tenían el deber de información necesaria, de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1.993, deber que se concreta con lo explicado en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral

de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL1688 de 2019, en cuanto el deber de las AFP consiste en entregar información de manera objetiva, clara y transparente sobre la naturaleza de los dos regímenes pensionales, pues solo así es posible concluir que estos adquirieron juicios objetivos para validar su decisión; correspondiéndole a la AFP del RAIS en los casos en que se pretende la declaratoria de la ineficacia del traslado por falta de información, demostrar que actuó de forma diligente y cuidadosa, y correlativamente cumplió con la obligación de suministrar al afiliado la información clara, suficiente, precisa y comparada para que tomara libremente la determinación del cambio de régimen, debiendo concretarse la manifestación del derecho a libre elección en el verdadero conocimiento de las consecuencias positivas y negativas de su decisión y no con la simple suscripción de un formulario, pues esto no es prueba suficiente para acreditar la validez del traslado.

- Señaló que la demandada PORVENIR S.A., entidad a la cual se dio el traslado inicial de régimen pensional, y luego SKANDIA solo aportaron los formularios de afiliación, por lo que no existe ninguna prueba en el plenario que acredite que el demandante para el 26 de mayo de 1997 conocía y comprendía no únicamente los beneficios de trasladarse desde al RPMPD al RAIS sino los riesgos que esto implicaba respecto a sus expectativas pensionales y advierte que en su interrogatorio de parte no hubo una confesión en la forma reclamada por la demandada, pues el actor solo aceptó conocer el régimen público y privado de manera genérica, no sobre las características de sus perspectivas personales, aclarando que este conocimiento lo obtuvo hace 2 años; señalando así que la omisión del cumplimiento del deber contemplado en el artículo 167 de CGP, conlleva a declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico el traslado bajo la ficción jurídica de que siempre estuvo en el RPMPD.

- En cuanto a la teoría de los actos de relacionamiento a la que aluden los apoderados judiciales de las entidades demandadas, indicó que no acoge el criterio expuesto en la sentencia SL 3752 del 15 de septiembre de 2022 por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, porque el funcionamiento de estas salas implica que la posición que adopten debe seguir la línea jurisprudencial que sobre un mismo asunto tiene la Sala de Casación Laboral que funciona en forma permanente y ordinaria, hasta tal punto que la Ley no les permitió cambiar o crear una nueva jurisprudencia debido a que tal asunto debe ser exclusivamente analizado por la Sala permanente. Que en relación con la ineficacia del traslado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha mantenido una línea clara y concreta respecto a que el traslado horizontal dentro del mismo RAIS no convalida la ineficacia, lo cual es completamente contrario a la teoría de los actos de relacionamiento, como ejemplo citó la sentencia SL2877 de 2020 que reiteró lo dicho en la sentencia SL de 2008, radicado 31989 y la sentencia SL 1688 DE 2019. También precisó que la misma Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2308 de 2020 siguió la línea jurisprudencial de la Sala permanente. Por lo anterior, declarada no probada la excepción de inexistencia de la obligación y probada la ineficacia.

- Declaró no probada la excepción de prescripción, señalando que tal fenómeno no afecta la ineficacia del traslado de régimen pensional debido a que este corresponde a un estado jurídico que no se afecta por el trascurso del tiempo de conformidad con lo explicado en la sentencia SL1688 de 2019.

- En cuanto a las excepciones de inexistencia de la obligación de devolver gastos de administración y seguro previsional que fueron propuestas por PROTECCION SA, señaló que en la sentencia SL2877 del 2020 se indicó que la ineficacia implica la devolución de todos los dineros que fueron aportados por el afiliado a la cuenta de ahorro individual y además la decisión de reintegro afecta a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el demandante en el RAIS, por lo que declaró no probadas dichas excepciones.

- Estableció que, como consecuencia de la ineficacia del traslado, COLPENSIONES debe validar la afiliación del demandante al RPMPD y a su vez las AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., devolver a esa entidad la totalidad de las cotizaciones recibidas del actor, así como las sumas percibidas por conceptos de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional, con cargo a sus propias utilidades, por lo que no hay lugar a estudiar el llamamiento en garantía.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada COLPENSIONES:

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

- Que en el debate probatorio se logró demostrar la debida, comprensible y suficiente información al momento de realizarse la afiliación al RAIS, de acuerdo con lo exigido entonces por la ley.

- Que el demandante ha estado vinculado por más de 20 años al régimen de ahorro individual, no encontrándose en la edad que la norma habilita para permitirse el retorno de régimen.

- Que disiente de la condena en costas porque esa entidad no fue determinante en el traslado de régimen y es un tercero de buena fe.

3.2 De la parte demandada SKANDIA S.A:

El apoderado de SKANDIA S.A. interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que más allá de la declaratoria de ineficacia de traslado, no puede condenarse a SKANDIA a la devolución de conceptos distintos a los ahorros y rendimientos de la cuenta de ahorro individual, pues se trata de comisiones ya causadas que no obran en su cuenta, que se hicieron conforme a la ley y derivadas de la buena gestión de su actividad financiera, cumpliendo su función legal y siendo los demás descuentos, destinados a su finalidad de solidaridad y aseguramiento, debiendo entenderse por la ficción de la ineficacia que estos descuentos no existieron ni debieron causarse, no siendo dable desconocer que los rendimientos son los frutos y mejoras derivadas de la gestión que causó la comisión, sin que se demostrara su calidad de poseedor de mala fe.

- Que frente a la absolución del llamado en garantía, advierte que la norma dispone la necesidad de que el afiliado al RAIS cubra con su aporte el pago de la prima de invalidez o sobreviviente, el cual ampara los riesgos a favor de la administradora y por ende, no es dable ordenarle cubrir este descuento pues el mismo fue recibido por la aseguradora. Igualmente se desconoce que la ineficacia implica la desaparición de la causa de esta contratación.

3.3 De la parte demandada PORVENIR:

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

- Que la sentencia se debe revocar en cuanto a la ineficacia y específicamente sobre las restituciones ordenadas 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 el demandante estuvo afiliado al mismo y se lograron los rendimientos años tras año, por lo que resulta imposible dejar sin efecto los servicios prestados. Que lo mismo sucede con el seguro previsional debido a que las aseguradoras ya prestaron sus servicios, lo que no se puede retrotraer cuando son terceros ajenos al proceso.

- Que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, pues consecuencia de la nulidad declarada se debe presumir que nunca existió afiliación al RAIS y al no existir esta tales rendimientos no se hubieran generado, no obstante, entiende que dichos 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 a incrementado su capital, que la administradora del RPMPD 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 a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución.

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, se presentaron los alegatos de conclusión que se resumen de la siguiente manera:

• Demandante:

El apoderado judicial del demandante DARWIN GILBERTO CLAVIJO CACERES solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, argumentando que resultó plenamente acreditado el actuar indebido en que incurriese la AFP demandada al momento de inducir a su representado al traslado del RPMPD al RAIS, valiéndose del evidente desconocimiento de su prohijado respecto a los pormenores de dicho cambio, pues no le fue proporcionada la información adecuada para adoptar la decisión más conveniente y el funcionario de la AFP lo indujo a error al suministrarle únicamente información sesgada en la cual solo hacía alusión a las ventajas relativas y/o condicionadas del RAIS frente a las propias del RPMPD.

• Demandado SKANDIA:

El apoderado judicial de la demandada SKANDIA solicita que se revoque la decisión de primera instancia, argumentando que al momento de la afiliación su representada cumplió con los requisitos exigidos por la normatividad, brindando información completa, correcta y veraz sobre los beneficios y desventajas de pertenecer al RAIS y no se probó cual fue la indebida asesoría a la que se alude. Que para SKANDIA S.A. y para la época referida solo se exigía el formulario de afiliación debidamente diligenciado, el cual fue debidamente suscrito por el accionante, ya que solo hasta el año 2014 es que se exigen presentar proyecciones pensionales y la doble asesoría; al igual que el soporte documental igualmente se exige es hasta el año 2016, según Circular 016 expedida por la Superintendencia Financiera.

Que la parte demandante manifiesta que efectivamente recibió asesoría solo que la misma no fue clara, detalla y precisa, lo cual se cae de su peso toda vez que lleva más de 25 años disfrutando de los beneficios del RAIS. Por lo anterior, no es factible desconocer que válidamente suscribió formulario de afiliación con su representada haciendo uso de su derecho a la libre elección de régimen, exenta de cualquier apremio o engaño que pudiera ser inducido por el personal de SKANDIA S.A., contrario a ello, lo que se evidencia en la falta de diligencia y auto información de cara a su expectativa pensional.

Trajo a colación las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL3752-2020 del 15 de septiembre de 2020 y SL4934-2020 del 07 de diciembre de 2020, que sentaron una nueva postura respecto a los medios y/o elementos de convencimiento con los que cuenta un Juzgador para decidir sobre la pretensión de ineficacia de afiliación, denominados como “actos de relacionamiento” y “traslado horizontal”, circunstancias que dan cuenta de la voluntad de permanencia, y que en el caso en concreto se ven inmersas, teniendo en cuenta la movilidad de la parte demandante. Que corresponde al Juez en este caso hacer un estudio de ponderación objetiva en cuanto a las restituciones mutuas, la confianza legítima y la buena fe que ostenta SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS SA.

Que está acreditado que esa entidad cumplió con generar una rentabilidad acorde con las directrices legales y de la Superintendencia Financiera; por lo que no resulta procedente reintegrar la comisión de administración. Que en lo que respecta a la prima del seguro de invalidez y sobrevivencia tampoco es procedente que esa AFP deba asumirlas y restituir las, en tanto la causa de aseguramiento es permanente y el demandante gozó de cobertura durante toda la vinculación al fondo, de ahí que parte del mencionado porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos y no se encuentra en las arcas de esa administradora. Que más allá de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS del demandante, no debe condenarse a SKANDIA S.A. a la devolución de conceptos distintos de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados con la buena gestión de su mandante.

Que al haberse celebrado contrato previsional con MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, en caso de que en la sentencia que ponga fin a este proceso se condene a devolver la prima pagada como contraprestación legal por ese seguro, la entidad llamada a realizar esa devolución es la aseguradora, que fue la que recibió ese valor, lo que justifica el llamado en garantía.

• Demandada COLPENSIONES:

La apoderada judicial de la demandada COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a su representada, argumentando que no se logra demostrar que la información suministrada al demandante por parte del fondo privado haya sido insuficiente, entendiéndose, que el acto por el cual se ejecutó el traslado de régimen conserva su validez y eficacia y por lo tanto no es procedente declarar la ineficacia del mismo, aunado a lo anterior, hay comportamientos del afiliado en el sistema que permiten colegir su deseo de permanencia al mismo. Trajo a colación los argumentos de la Corte Constitucional respecto al perjuicio a la sostenibilidad económica del sistema pensional. Que los actos de la demanda son ajenos a su representada, pues ella sólo acató la voluntad de la demandante de trasladarse al régimen pensional de conformidad con lo dispuesto en la normatividad vigente para la época.

• Demandada PORVENIR:

El apoderado de PORVENIR solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada, teniendo en cuenta que para la fecha en que fue realizado el traslado, no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; la cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal, dejando

constancia, de que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin precisiones, pues el demandante suscribió el formulario exigido, luego la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley.

Indicó que, revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época de suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, que, para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

Señaló que no está de acuerdo en devolver los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, porque se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital, lo que se debe a la buena administración efectuada por la entidad administradora. Que debe tenerse en cuenta que la administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en ese mismo período y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa. Que teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el artículo 1746 del Código Civil, considera que frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas, y/o en su defecto, abstenerse de ordenar su devolución. También señaló, que las obligaciones que se generan como consecuencia del acuerdo de voluntades plasmado en el acto de afiliación al régimen de ahorro individual se pueden asemejar con los efectos que produce un contrato de mandato, el cual no tiene el carácter de gratuidad.

• Llamada en garantía MAPFRE:

La apoderada judicial de la llamada en garantía MAPFRE solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, argumentando que su representada no está obligada a pagar o reconocer un evento por fuera de la cobertura de la POLIZA DE SEGURO PREVISIONAL DE INVALIDEZ Y SOBREVIVIENTES N° 9201411900149, en la que no se encuentra la devolución de aportes por cambios y traslado de régimen, lo que es objeto de la nulidad o ineficacia solicitada por la parte demandante.

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

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado por el señor DARWIN GILBERTO CLAVIJO CÁCERES del RPMPD al RAIS por medio de HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.?, y de ser procedente, ¿si la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado implica que las A.F.P. demandadas deban devolver a COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones recibidas por el demandante que están en su cuenta de ahorro individual, así como las demás sumas ordenadas, con cargo a sus propias utilidades por el periodo en que el actor permaneció afiliado a cada una de estas administradoras?

8. CONSIDERACIONES:

Procede esta Sala a determinar en primer lugar si el traslado del señor DARWIN GILBERTO CLAVIJO CÁCERES 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 HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., o si en su defecto, procede la declaratoria de

ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS y la orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES, pues esto implicaría que el demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD.

Al respecto la A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que la jurisprudencia ha identificado claramente que, desde su nacimiento, las A.F.P. tenían el deber de suministrar información suficiente para que el consentimiento fuera realmente libre y voluntario, lo que no se demuestra con la sola suscripción del formulario y no se convalida con los traslados realizados por el actor dentro del RAIS, por lo que en ausencia de otra prueba accede a las pretensiones y ordena la devolución de los aportes con todos los valores descontados.

A esta conclusión se opusieron PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. alegando que la sentencia se debe revocar pues se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones, y deben operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, pues estos son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos, y resulta imposible dejar sin efecto estos servicios, como igualmente sucede con el seguro previsional, reclamando en todo caso condena a la llamada en garantía por los estos últimos. Por su parte Colpensiones manifiesta que se demostró la debida, comprensible y suficiente información al momento de realizarse la afiliación al RAIS y con los posteriores traslados, por lo que opera la teoría de los actos de relacionamiento.

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 definatorios 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 DAVIVIR, hoy SKANDIA S.A.; pues argumenta el demandante que al suscribir el formulario con el cual se dio el traslado de régimen pensional, no recibió ningún tipo de asesoría profesional, 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.

Del expediente se puede evidenciar que el actor estuvo inicialmente afiliado al RPMPD desde marzo de 1989 según consta en su historia laboral, cotizando a través de SOCIEDAD DE ARTESANOS GREMIOS UNIDOS, EMPRESAS MUNICIPALES DE CÚCUTA y UNIVERSIDAD LIBRE un total de 144.71 semanas; que el traslado entre regímenes se dio a través de la afiliación a HORIZONTE, lo que se hizo con la solicitud de vinculación N° 512630 de fecha 13 de septiembre de 1995, luego también suscribió solicitud de vinculación N° 032561 del 6 de marzo de 1998 hacia COLPATRIA, entidades que ahora conforman A.F.P. PORVENIR y finalmente el 14 de enero de 2016 suscribió formulario No. 719850 para afiliarse a OLD MUTUAL S.A. (hoy SKANDIA), encontrándose con afiliación activa.

Se resalta que en el expediente reposan los formularios de afiliación pero no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento en que el actor se trasladó de régimen pensional, siendo necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, el señor DARWIN GILBERTO CLAVIJO CÁCERES, no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario por medio del cual se trasladó de régimen pensional, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Como se explicó, no obra prueba alguna que dé cuenta si HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A, brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los

términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para septiembre de 1995 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 HORIZONTE, hoy 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 DARWIN GILBERTO CLAVIJO CÁCERES, 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 DAVIVIR, hoy SKANDIA S.A, 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 proferir.

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 HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A, y luego 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 el demandante en el año 1995, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral, donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional 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, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A, deberán devolver completamente 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 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 demandadas 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, a las AFP demandadas, les asiste la obligatoriedad de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que, desde su creación fue ineficaz, por lo cual, indistinto de lo afirmado por el apoderado de SKANDIA S.A., referente a que los descuentos se hicieron con fundamento jurídico, 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 y deben devolver los aportes a COLPENSIONES 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 1.995 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 el actor 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.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio, además COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y ejerció su actividad procesal contra las mismas, por lo que resulta vencida en este asunto y contra ella procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala confirma la decisión adoptada en primera instancia por la Juez Tercera Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 17 de enero de 2023. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A., al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor del actor por la segunda instancia la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las entidades previamente mencionadas.

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 17 de enero de 2023 proferida por el Juzgado Tercero 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 SKANDIA S.A., PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**



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



República de Colombia

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

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 54-001-31-05-003-
2021-00238-01**

PI 20391

DARWIN GILBERTO CLAVIJO CÁCERES contra
COLPENSIONES Y OTRO.

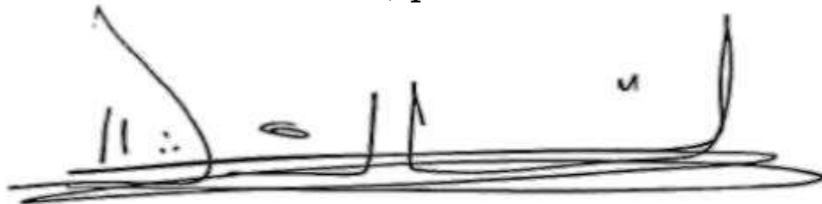
Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala, por las razones que a continuación explicaré:

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

Lo anterior, bajo la observancia de lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad.

59412; 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, appearing to read 'D. A. J. C. S.', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado