

**República de Colombia
Departamento de Santander**



Tribunal Superior del Distrito Judicial

San Gil

Sala Civil Familia Laboral

**REF: PROCESO ORDINARIO LABORAL
propuesto por FERNANDO GUTIÉRREZ SOLANO
contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A; SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A., SKANDIA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS S.A. Y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.**

RAD: 68-679-3105-001-2021-00021-01

En Apelación de Sentencia.

PROCEDENCIA: Juzgado Laboral del Circuito de San
Gil

M.S. Javier González Serrano

San Gil, ocho (08) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Se resuelve el **Recurso de Apelación** que se interpusiera por los apoderados de las AFP demandadas Skandia S.A., Protección S.A, Porvenir S.A. y Colpensiones, en el proceso ordinario laboral adelantado por Fernando Gutiérrez Solano, contra la Sentencia del veintidós (22) de febrero de dos mil veintidós (2022), proferida por Juzgado Laboral del Circuito de San Gil.

Antecedentes

1º. Fernando Gutiérrez Solano, cita a proceso Ordinario Laboral a las administradoras del Fondo de pensiones, Protección S.A., Skandia S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, pretendiendo que se declare la “*ineficacia*”, de los formularios de afiliación N° 0668202 del 25 de mayo de 1997 de la AFP Protección, N° 98-0020392 del 9 de abril de 1999 de AFP Horizonte, hoy Porvenir, N° 98-0020803 del 2 de junio de 1999 de AFP Horizonte, hoy Porvenir; N° 154316 del 9 de junio de 2003 de la AFP Skandia; N° 2003-2038954 del 1 de septiembre de 2004 de AFP Horizonte, hoy Porvenir; N° 2004-2284732 del 22 de octubre de 2004 de AFP Horizonte, hoy Porvenir. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a las AFP Protección, Skandia y Porvenir, a devolver o trasladar las cotizaciones o aportes a pensión que efectuó y que fueron recibidos, con los rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, consecuentemente

a ello se ordene a Colpensiones, a recibir al demandante en el régimen pensional de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiera trasladado; se condene en costas y agencias de derecho; y se condene *extra y ultra petita*.

Los supuestos fácticos pertinentes para resolver el recurso de alzada se resumen así:

Que se encontraba afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Seguro Social, el 25 de mayo de 1997, firmó formulario de afiliación N°0668202 de la AFP Protección, para trasladarse de régimen pensional, sin que el asesor comercial le brindara información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen, que tampoco se le hizo un estudio de su situación particular, pues solo se le ilustró sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse de régimen pensional, prometiendo condiciones y beneficios superiores frente al régimen de prima media con prestación definida.

Que nuevamente firmó formularios de afiliación N°98-0020392 del 9 de abril de 1999 de la AFP Horizonte; No. 154316 del 9 de junio de 2003 de la AFP Skandia; No. 2003-2038954 del 1 de septiembre de 2004 de la AFP Horizonte; No. 2004-2284732 del 22 de octubre de 2004 de la AFP Horizonte, para trasladarse de AFP, dentro del mismo régimen.

Que nació el 13 de agosto de 1960 y cumpliría los 62 años de edad, el 13 de agosto de 2022; que Porvenir, le efectuó la proyección pensional para cuando cumpliera el requisito de edad, obteniendo el cálculo de una mesada pensional mensual de \$4.032.980; que en la misma simulación realizada en el régimen de Prima Media con Prestación Definida, la mesada pensional mensual equivaldría a \$6.417.714, evidenciándose que en este régimen es superior; que al cumplimiento de la edad de pensión tendría un total de 1950 semanas cotizadas. Y finalmente, que presentó derecho de petición ante Colpensiones el 15 de diciembre de 2020, solicitando la ineficacia de los traslados efectuado, sin que a la fecha de presentación de la demanda hubiese tenido respuesta alguna.

2º. Contestación de personas jurídicas demandadas:

2.1. La demandada, **Colpensiones** en lo sustancial se opuso a las pretensiones, adujo que no le constan diversos hechos y a la vez propuso excepciones de mérito. Los aspectos relevantes de la posición de ellos frente a la demanda se resumen enseguida:

El sustento radicó en que el traslado efectuado por el demandante al R. A. I. S., goza de plena validez, porque se realizó en ejercicio de su derecho a la libre elección de régimen, de conformidad al artículo 13 literal B de la Ley 100 de 1993, y la afirmación de indebida y engañosa información,

debe alegarse y demostrarse en el transcurso del proceso judicial. Agrega que, no puede alegarse la ausencia absoluta de información al afiliado cuando la ha recibido 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. Y además, se propusieron diversas excepciones de mérito.

2.2. La demandada, **Skandia S.A.**, a través de apoderada judicial, indicó frente a los hechos que algunos eran ciertos y frente a los demás, que no le constaban; se opuso a la totalidad de las pretensiones, soportada en argumento que el demandante, válidamente suscribió el formulario de traslado al fondo de pensiones, decisión exenta de engaño o errores que pudiera ser provocado por los asesores comerciales de la entidad, puesto que los mismos, se encontraban 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; que se puede endilgar responsabilidad a la demandada, por cuanto el demandante fue quien con pleno conocimiento, y de manera, libre, espontánea y sin ningún tipo de coacción, fue quien decidió cambiarse de régimen pensional, aunado que no es posible el traslado al régimen de prima media por no reunir los requisitos exigidos para ello, según la ley 797 de 2003 y lo

dispuesto en sentencias SU 062 de 2010 y SU 130. También propuso varias excepciones de fondo.

2.3 La demandada **Protección S.A.** en la contestación de la demanda se opone a totalidad de las pretensiones. En torno a los hechos arguye también que unos son ciertos, algunos no le constan y otros no son ciertos. Aleja en su favor que para el año 1997, fecha en la cual suscribió el formulario de afiliación, fue informado de todas la características del RAIS, necesarias para tomar una decisión consiente e informada; resalta que el demandante desde el año 1997, ha tenido otros actos de vinculación con administradoras del RAIS, aprobando durante la vigencia de la vinculación su voluntad de mantenerse dentro del Régimen de Ahorro con Solidaridad e incluso trasladándose de AFP, tal como lo hizo en el mes de mayo de 1999 al vincularse con Pensiones y Cesantías Horizonte, hoy PORVENIR S.A.; aunado ello, al deber de auto información que debía tener del hoy demandante. Igualmente, propuso excepciones de fondo.

2.4. La demandada, **A.F.P. Porvenir S.A.**, en la contestación de la demanda se oponen a las pretensiones, sobre los hechos arguye que unos son ciertos, algunos no le constan y otros no son ciertos, arguyendo que la parte actora alega un vicio en el consentimiento, por lo que ante dicho supuesto, en gracia de discusión, solo podría operar una nulidad relativa y el acto viciado con este tipo de nulidad, es susceptible de ratificación,

la que ha operado en este caso, pues la construcción de la prestación pensional opera de tracto sucesivo mediante el pago de aportes mensuales, en este caso durante 21 años, en los cuales adicionalmente contó con amplios términos de solicitud de nuevo cambio de régimen pensional, para retornar al régimen de prima media con prestación definida. Traslado que solo fue solicitado por el demandante cuando ya habían vencido los términos legales previstos para el efecto; que la vinculación al fondo de pensiones del demandante, fue libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales; alegó además que no es factible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado, como quiera que no se probó que faltaba uno de los elementos esenciales de este acto jurídico, ni tampoco procede la nulidad absoluta del cambio de régimen, pues igualmente no se acreditó que para ese momento el afiliado fuera incapaz absoluto, aunado a que para la fecha de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no había ingresado al patrimonio del demandado ningún derecho pensional consolidado, que le impidiera ejercer su libre elección de cambiar de régimen. A su vez, también propuso excepciones de mérito.

Sentencia de Primera Instancia

La decisión emitida por la *A Quo* declaró la ineficacia del traslado del señor Fernando Gutiérrez Solano, realizado del Régimen de Prima Media al RAIS acaecido el 27 de mayo de 1997, mediante la afiliación a Protección S.A., aunado a los

efectuados en al AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el nueve 9 de abril y 2 de junio de 1999, a la AFP Skandia S.A. el 10 de junio de 2003 y nuevamente a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 1 de septiembre y 22 de octubre de 2004; condenó a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional; condenó a Porvenir S.A a devolver a Colpensiones, todos los saldos que estén en la cuenta del demandante, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales, junto con los rendimientos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social; condenó a las AFP Porvenir S.A., Skandia S.A. y a Protección S. A., a devolver a Colpensiones, todas las comisiones y gastos de administración que recibieron con ocasión de los traslados dentro del régimen RAIS del señor Fernando Gutiérrez Solano, por el tiempo que estuvo afiliado a dichas entidades, junto con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, así como los valores utilizados en seguros previsionales y comisiones de administración. Finalmente condenó en costas a las demandadas.

La motivación se centró sustancialmente en lo siguiente:

El deber de información fue previsto desde la expedición de la Ley 100 de 1993, y la evolución normativa que el tema ha tenido, de tal suerte que los usuarios tengan la posibilidad de escoger las mejores opciones en el mercado. Teniendo

entonces que la normatividad, desde aquella data, establecía un tipo de sanción para cualquier persona que atentara contra el derecho del trabajador a su selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, acarreando entre otras que la respectiva afiliación quedara sin efecto y pudiera nuevamente de manera libre y espontánea hacer su elección, artículo 271 de la Ley 100 de 1993. De igual manera el Decreto 663 de 1993, vigente para la época del primer traslado a la AFP Protección S.A., imponía el deber de información.

Indicó el *A Quo* que, al respecto la H. Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado en diversas oportunidades, siendo ejemplar de ello, las sentencias SL12316 del 2014, rdo. 46292; SL13280; SL9804 de 2015; SL 1688 y 1689 de 2019; y SL 373 de 2021, frente al deber de información, que obedece a la situación particular del afiliado, por lo que se le deben dar a conocer las condiciones de su derecho pensional en uno y otro régimen, las características cada uno de los regímenes y las incidencias que tales aspectos puedan tener en la situación pensional, ello en aras a que el traslado del régimen sea válido por la existencia de un consentimiento de afiliación precedido de la información idónea.

En tal sentido, denotó que una vez analizados los medios probatorios allegados por la parte demandante y por las demandadas, las entidades AFP Protección S.A., Porvenir S.A., Skandia S.A., colige que incumplieron con el deber

probatorio que les asistía, ya que de acuerdo con los precedentes jurisprudenciales se presentaba una inversión en la carga de la prueba a favor del afiliado, pues si el afiliado alega que no recibió la información debida, cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, debiendo en estos casos, las AFP debían demostrar que demostraron la asesoría en forma correcta, no solo por la carga dinámica de la prueba, sino que obedece a una obligación legal. Concluye que es claro que la sola suscripción de los formularios de afiliación, no cumple con las características del deber de información que se requiere, ni demuestra el consentimiento informado, a lo sumo acreditan un consentimiento sin vicio pero no informado,

Y como quiera que no se aportaron medios de convicción tendientes a demostrar la información suministrada al demandante, al momento de efectuar su traslado al RAIS; no se demostró que se le haya proporcionado al demandante una información veraz y suficiente, con la cual se le dieran a conocer las diferentes alternativas pensionales, los beneficios e inconvenientes de seleccionar dicho régimen, al igual que las consecuencias negativas de hacerlo. Esto implicaba informarle con precisión de detalles las incidencias que la decisión tendría con respecto al derecho pensional en proceso de consolidación, situaciones como el disfrute de la pensión, monto de la mesada, diferencia en el pago de aportes, evidenciándose un actuar falaz por parte de las AFP, porque

al omitir información de tal importancia, el demandante se vio afectado en su criterio para tomar una decisión ajustada al conocimiento pleno sobre las ventajas y desventajas de cambio de régimen o permanecer en él, situación reconocida y protegida jurisprudencialmente por las altas cortes.

Indica que en los formularios de afiliación del actor, nada se menciona en torno a las consecuencias que trae consigo la afiliación inicial al RAIS y de mantenerse en ese régimen; que tampoco se acreditó por parte de quien tenía la carga de hacerlo que para la fecha de afiliación del actor a las administradoras del fondo de pensiones demandadas, se llevaran a cabo capacitaciones a los asesores comerciales de las AFP demandadas, ni se allegó prueba que corrobore que estas asesorías se materializaron al brindarle una asesoría pertinente, que le permitiera al actor tomar una verdadera decisión libre, espontánea e informada sobre el cambio de régimen pensional o de mantenerse en él.

Sostuvo la juez de instancia que no se demostró de forma alguna que para el 25 de mayo de 1997, fecha en la que el demandante solicitó la afiliación ante protección S.A., hubiese sido informado de su situación pensional particular y la incidencia de los dos regímenes pensionales, lo que deriva en la ineficacia del traslado, bajo la óptica de que el acto de afiliación no produce efectos dado que para su validez se requiere que sea una expresión de voluntad del afiliado

derivado de un consentimiento informado, y al no haberse suministrado la información idónea, resulta evidente que no se reúnen los presupuestos de validez, resultando procedente la declaratoria de ineficacia del traslado; ordenando a Colpensiones que afilie al régimen de prima media con prestación definida, en razón de ser la única administradora de ese sistema, y en consecuencia Colpensiones, queda en la obligación de aceptar todos los valores que hubiere recibido la AFP Protección, en mayo de 1997 y la AFP Horizonte, hoy Porvenir, en abril y junio de 1999, la AFP Skandia S.A. en junio de 2003 y nuevamente la AFP Horizonte hoy Porvenir, en septiembre y octubre de 2004 y que se encuentran en la cuenta individual del demandante. Indicando que entre los valores a devolver a Colpensiones, deben incluirse los gastos de administración recibidos por las administradoras demandadas, debiendo responder por tales gastos con cargo a sus propias utilidades, conforme al criterio expuesto por la C.S.J – Sala de Casación Laboral en Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020.

En cuanto a las excepciones, concluye que no se encuentran probadas y tampoco existe ningún medio exceptivo que deba reconocerse de manera oficiosa, en lo relacionado a la excepción de prescripción propuesta por las accionadas, el juzgado señala que dicha acción es imprescriptible al estar ligado con la construcción de un derecho pensional, el cual no se ha causado. Acota que en la sentencia SL-1421 de 2019, *“precisó que todas aquellas cuestiones innatas al derecho*

pensional no pueden verse afectadas por el transcurso del tiempo; en ese sentido, enfatizó que la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, al ser parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.”

Impugnación

1° La apoderada judicial de la demandada, **Skandia S.A.**, interpuso recurso de apelación contra el numeral 4 de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia. Sus reparos se contrajeron a lo siguiente:

Señala que frente a las cuotas o gastos de administración, dichos cobros, son producto de una administración juiciosa de la entidad demandada, durante la afiliación del accionante, estando facultada para ello en virtud del artículo 39 del Decreto 656 de 1999. Denota que con la devolución de dichos saldos, el demandante tendría un enriquecimiento sin justa causa; que al recibir unos rendimientos generados por la buena gestión de la demandada, sin reconocer o pagar ningún concepto por dicha tarea realizada, se presenta una interpretación del juez de instancia que no es acorde con la constitución y la ley en detrimento del patrimonio de la entidad demandada,

privilegiándose de manera injustificada una de las partes del proceso. Dichos cobros son efectuados en virtud de las exigencias de la Superintendencia Financiera.

Se arguyó adicionalmente que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, señala que la comisión de administración no hace parte de los recursos pensionales dirigidos a financiar las prestaciones económicas que puedan causarse al cumplimiento de los requisitos legales. Y que la rentabilidad, generada en la cuenta del demandante, en virtud de la ineficacia de la afiliación al RAIS se ordena trasladar a Colpensiones, lo que en aplicación de las restituciones mutuas, no es procedente que la dicha AFP asuma dicho valor de comisión de administración, refiere el concepto de la Superintendencia financiera No. 2018152669-003-00 del 17 de febrero de 2020, en el cual se estableció la no procedencia de la devolución de las sumas descontadas por cuotas de administración.

2. El apoderado judicial de **Protección S.A.**, aduce que recurre la decisión proferida, respecto al numeral cuarto de la parte resolutive de la misma, por considerar que el fenómeno de la ineficacia, no tiene sus efectos definidos en el código civil, y se están aplicando los de la nulidad absoluta, debiéndose aplicar las restituciones recíprocas del artículo 1746 del C. C.; en su sustentación el profesional del derecho, que representa los intereses de la entidad recurrente, ataca los

pronunciamientos, de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por considerar que sus conclusiones frente al cobro de las cuotas de administración son equivocadas.

Que cuando se ordena la devolución de la prima del seguro previsional, se desconoce que el contrato de seguro previsional es diferente a la afiliación, considerando que cuando se ordena devolver una prima de seguros se están haciendo extensivos los efectos de la ineficacia acabada de declarar a un negocio jurídico distinto, con sujetos distintos. Y acota que la Administradora no actuó de mala fe, porque el hecho de cobrar una cuota de administración, derivó de una exigencia legal y al ordenar su devolución genera un desmedro en contra de las AFP demandadas.

3. La apoderada judicial de la demandada, **Porvenir S.A.**, presenta Recurso de Apelación contra la totalidad de la sentencia de primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos:

Señala que no existe razón para declarar la ineficacia del traslado, por ausencia de información, cuando no le era obligatoria a su representada brindar la misma, al demandante, de conformidad con la Circular 19998 emitida por la Superintendencia Financiera, la cual tenía como única exigencia establecida, que el afiliado expresara su voluntad a

través del diligenciamiento del correspondiente formulario, tal como ocurrió en el presente asunto, por lo que la entidad demandada, cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo y la permanencia del actor en el régimen de ahorro individual fue una decisión libre, voluntaria e informada, que se ha ratificado en el tiempo.

Alega que no es razonable que la ineficacia del traslado se dé por falta de consentimiento o por vicios en el mismo, toda vez, que Porvenir brindó al demandante una asesoría oportuna, porque le informó ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales. Así coligiendo que se dio el saneamiento del consentimiento por ratificación tácita, en el evento de hablarse de un posible vicio del consentimiento, lo cual opera de manera automática.

También arguyó que no es dable indicar que la entidad demandada, faltó a su deber de información, obligándolo a aportar documentos que para la fecha, no le eran obligatorios, como posibles simulaciones pensionales. Y que no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración, de acuerdo al inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que no forman parte de la pensión de vejez y por ello están sujetos a prescripción y ordenar su traslado a Colpensiones, configura un enriquecimiento sin causa, pues no existe norma que disponga tal devolución.

4. La apoderada judicial de la demandada, **Colpensiones**, presenta recurso de apelación, contra la totalidad de la sentencia, con fundamento en los siguientes argumentos:

Señala que no se configuró la ineficacia toda vez que durante el debate probatorio no se logró demostrar que hubo indebida o ineficiente información por parte del fondo privado o por parte de los fondos privados; que no se avizoran vicios de consentimiento de la parte demandante al momento de diligenciar el formulario de traslado de régimen.

Arguye, que, el demandante permanece en el RAIS por más de 20 años, sin efectuar reparo alguno, por lo que ratifica su deseo de permanecer en dicho régimen. Considerando además que el monto pensional a recibir en uno u otro régimen no es un argumento suficiente para declarar la nulidad o ineficacia del traslado, pues, esto, responde a una indebida información, que, no permitiría tomar una decisión consiente al demandante al momento del ofrecimiento del traslado del régimen y ello no ocurrió en el caso concreto.

Alegaciones de Instancia

Por Colpensiones: A través de apoderada judicial allegó escrito de alegaciones en el reitera que no hay motivos suficientes para declarar la nulidad o la ineficacia del traslado, al no haberse logrado demostrar la indebida o insuficiente información al momento de presentar el traslado. Ello porque la demandante manifestó que firmó el formulario de afiliación para trasladarse del ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con la información que le brindó el fondo privado. Adicionalmente el demandante no se acercó ni indagó en la entidad que representa, más aun cuando su mayor argumento para el traslado fue que el ISS se terminaría y pasados más de 20 años el régimen de prima media no se acabó, lo que conlleva a una ratificación de su voluntad en el RAIS.

Colige que la afiliación de la demandante al RAIS se realizó con cumplimiento de los requisitos del artículo 1502 del C.C. y que, si bien es cierto que las administradoras tienen el deber de información oportuna, completa y veraz, también lo es que el ciudadano también tiene el de auto-información pero el demandante nunca acudió a Colpensiones a recibir asesoría a cerca de su mesada pensional.

Por Porvenir: Su mandatario, insiste en que no se alegaron, ni probaron los eventos previsto en el artículo 1741 del C. C. para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto

jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

Indica que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPTSS; que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Esto es, que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del C. G. P., por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo, aunado a que su representada siempre le garantizó el derecho de retracto.

Que en el hipotético caso, que se considere que el negocio jurídico, no tuvo validez, el artículo 113, de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero como lo es Colpensiones. También recaba en que, de conformidad al concepto No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020, de la Superintendencia Financiera, las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la Prima de Seguro Provisional (sic) en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con

el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración.

Del demandante: Solicita se confirme la sentencia de primera instancia por cuanto el demandante, tiene derecho a que se declare la ineficiencia o nulidad de las afiliaciones señaladas, toda vez que se trasladó a dichos fondo de pensiones engañado por sus asesores, quienes le prometieron condiciones muy superiores y beneficiosas al momento en que le reconociera su derecho pensional, indicando que la mesada pensional será más elevada que la que podría obtener con el Seguro Social y que podría adquirirla sin importar la edad, además de generarle expectativas dirigidas hacia la satisfacción, bienestar, tranquilidad y futuro.

Indica que no solo existió engaño por acción, sino que también por la omisión cometida por dichos asesores al no proporcionar una información completa, pues nunca se le indicó a mi poderdante que perdería los beneficios del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Consideraciones para Resolver

Se hace necesario, en principio, observar que no se echan de menos, presupuestos formales que impidan el pronunciamiento de fondo a que haya lugar. A su vez, se detenta la competencia funcional, para resolverse los sendos recursos de apelación que se interpusieran contra la sentencia que resolviera en la primera instancia el presente proceso.

Ahora, de conformidad con lo establecido en el Art. 66A del CPLSS, se torna imperioso resaltar que el ámbito de la decisión que deba emitirse por esta Colegiatura, para efectos de resolver el recurso de alzada, deberá estar regida por los aspectos que se cuestionaron en torno a la providencia recurrida. De tal manera que solo los reparos debida y oportunamente sustentados contra la sentencia del A Quo, determinarán los problemas jurídicos que deban resolverse en consecuencia.

En tal orden de ideas y de conformidad con los reclamos de los apoderados de las entidades administradores de pensiones, demandadas, Skandia S.A. Protección S.A, Porvenir S.A. y Colpensiones S.A., conllevan a que se formulen como problemas jurídicos los siguientes:

De Porvenir S.A. y Colpensiones S.A.: ¿Se probó dentro del proceso, la indebida asesoría para el cambio de régimen que debía prestar la aludida AFP, en los términos que se aduce por

la demandante? ¿La administradora actuó dentro de los parámetros legales en la afiliación del demandante? Si frente a causas como la presente, ¿Era procedente invertir la carga de la prueba, en relación con el deber de información sobre los regímenes pensionales?; y si finalmente, ¿el conocimiento del demandante enerva la ineficacia pregonada?.

Ahora, de Skandia S.A. y Protección S. A.: ¿Sí lo resuelto en lo que hace alusión a los gastos y comisiones de administración por la permanencia en el fondo, deben ser reconocidas como retribución de la administración y por lo mismo, evitar un enriquecimiento sin justa causa de la demandante? En tal sentido, deberá la Sala determinar si la condena así impuesta a la Administradora apelante se ajusta a derecho. Consecuentemente, sí debe aplicarse la doctrina de la Corte Suprema expuesta a través de su Sala de Casación Laboral, porque se desconoce la esencia de las funciones de las administradoras de pensiones.

Los anteriores cuestionamientos de las Administradoras de Pensiones demandadas y ahora recurrentes, bien pueden enmarcarse dentro de dos ámbitos conceptuales jurídicos. Uno, el concerniente con los fundamentos de orden sustantivo y probatorio para determinar la eficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS-, para lo cual se deberán analizar el sustento normativo y jurisprudencial sobre el particular, para su aplicación a la

situación concreta de la demanda que se interpusiera por el señor Fernando Gutiérrez Solano. Y el otro, bajo qué parámetros y de conformidad con el ordenamiento jurídico, ante la prosperidad de la ineficacia de la afiliación aludida, procedería una condena sobre las comisiones y gastos de administración que en la primera instancia se condenó también a su devolución.

Sobre particular debe denotarse, que, esta Colegiatura ya tuvo la oportunidad de pronunciarse en situación análoga a la que aquí se estudia. Al respecto en la sentencia del 21 de junio de 2022¹, se expuso lo siguiente:

“Así, en lo que hace alusión al primer aspecto objeto de estudio la Sala ciertamente debe resaltar cuál es la doctrina jurisprudencial sobre el particular, habida cuenta que han sido múltiples los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, que como autoridad unificadora de la Jurisprudencia ha pronunciado sobre estas materias. Y ello, además, para determinar si tal clase de subreglas son aplicables a la situación sub júdice y por qué esta Colegiatura asume posición al respecto, sobre la que valga observarlo, aún no se ha emitido precedente análogo.

Así, en reciente fallo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, expuso y reiteró al resolver en vía de Casación asunto análogo al aquí objeto de resolución. Al respecto en la Sentencia SL1214-2022 del 6 de abril del presente año, insistió en las siguientes subreglas jurisprudenciales:

¹ LR-698-679-3105-001-2019-00232-01, MP. Javier González Serrano.

“Con el anterior norte, es pertinente recordar que, en múltiples oportunidades, esta Corte ha abordado el punto materia de discusión, para definir que ese trascendental acto debe ser libre y voluntario, pero además, precedido de información clara y veraz sobre las ventajas y desventajas del cambio (CSJL SL1452-2019 y CSJ SL373-2021).

Indistintamente, la Corporación ha insistido en la imperiosa necesidad de que en sede judicial, la problemática planteada «debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (art. 1746 CC)» (CSJ SL3199-2021); según el criterio de la Sala, la consecuencia de la inobservancia del deber de información es la ineficacia, que genera privar de todos los efectos jurídicos el traslado, como si nunca hubiera existido.

También, se ha decantado que la firma del formulario de afiliación y su contenido, no suplen el deber de información y el consentimiento informado (CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020).

Del mismo modo, ha estimado inaceptable condicionar la declaratoria de ineficacia a la existencia de una expectativa pensional concreta o de un derecho adquirido; en esa línea, se ha adoctrinado que para que se imponga la consecuencia aludida, no es necesario que al momento del cambio de régimen, el afiliado cuente con uno de esos privilegios (CSJ SL2611-2020). Lo relevante, se ha repetido, es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional.

De otro lado, la permanencia de la afiliada en el RAIS, a pesar de los varios traslados de AFP, no representa por su

naturaleza una ratificación o convalidación del acto inicial de traslado, como lo entendió el ad quem. Los movimientos entre administradoras del régimen de ahorro individual no tienen ese alcance. Así lo explicó la Corte recientemente:

Ahora, en este punto la Corte no pasa inadvertido que el Tribunal concluyó que el traslado fue voluntario pues la actora se afilió a otras administradoras del mismo régimen pensional, lo cual respalda Colpensiones bajo la teoría de los actos de relacionamiento que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer en el RAIS y, a su vez, la recurrente critica al indicar que el estudio de la acción de ineficacia debe centrarse simplemente en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, sin que la afiliación misma suponga que ello se acató.

(...).

(...) ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los

fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; [...].

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

La Sala destaca que si bien, es viable que los jueces se aparten del precedente vertical, tal posibilidad debe estar acompañada de una carga argumentativa suficiente que justifique la adopción de una postura diferente a la de la Corte. En este caso, para apartarse del precedente reiterado en providencia CSJ SL1452-2019, el Tribunal arguyó que «dicha sentencia se encuentra emanada por (sic) 5 magistrados de la Corte Suprema, de los cuales uno está impedido y dos presentan aclaraciones de voto, las cuales esas aclaraciones son desconocidas para esta Sala de decisión toda vez que no han sido emitidas las mismas».

Llama la atención de la Sala el raciocinio del que se valió esa colegiatura, para abstenerse de hacer operar el precedente citado, en tanto nada tiene que ver con un criterio jurídico divergente, sino con el número de magistrados que la suscribieron, el impedimento de uno de ellos y las aclaraciones de voto que hicieron otros dos, como si por ello la providencia no tuviera la condición de sentencia judicial emanada del órgano de cierre de la

especialidad laboral y de la seguridad social de la jurisdicción ordinaria.

A propósito de la obligatoriedad del precedente, esta Sala en la decisión CSJ SL4823-2021, expresó:

Se recuerda, es factible que los jueces se aparten del precedente jurisprudencial, pero para ello se requiere esgrimir una argumentación suficiente, tal como lo explicó la Sala en la sentencia CSJ SL440-2021:

[...]

En este sentido, de existir un precedente aplicable, los jueces laborales deben identificarlo -carga de transparencia- y, hecho esto, acatarlo o disentir del mismo. Si es lo segundo, asumen la obligación de desplegar una carga argumentativa suficiente que explique las razones del disenso -requisito de suficiencia, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, dado que los jueces deben adaptarse a las exigencias que impone la realidad y reconocer la evolución del derecho (CC T-446-2013), o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales (CC C-621-2015).

En ese orden, el Tribunal omitió el cumplimiento de la obligación reseñada, con claro compromiso de derechos y valores constitucionales y legales como los de igualdad, debido proceso y buena fe, de crucial trascendencia a la hora de preservar la confianza en las decisiones de los jueces.

Queda claro que el juez de alzada se equivocó y, por ende, se impone el quiebre de la sentencia gravada. Sin costas, dada la prosperidad de las acusaciones.”

En relación con la doctrina expuesta esta Colegiatura ciertamente no podría desatenderla. Ello porque amén de que se ha plasmado en múltiples fallos y ello demuestra la solidez y claridad de las subreglas allí expuestas, como doctrina probable, no se tendrían fundamentos sustantivos, normativos o jurisprudenciales para que la solución particular de la situación en examen tenga otra connotación. Conclusión obligada de ello es que, la situación fáctica que subyace en el presente caso, deberá entonces sujetarse a estas reglas y con base en ellas se analizarán en consecuencia los reparos que se hicieron contra la sentencia apelada.

En tal orden de ideas, ciertamente el ámbito de la información que pudiera haberse dado a la persona afiliada a las RAIS, se torna trascendental o determinante para la prosperidad de esta clase de pretensiones. Así, valga reiterar lo que ha expuesto insistentemente la Jurisprudencia: "...es pertinente recordar que, en múltiples oportunidades, esta Corte ha abordado el punto materia de discusión, para definir que ese trascendental acto debe ser libre y voluntario, pero, además, precedido de información clara y veraz sobre las ventajas y desventajas del cambio (CSJL SL1452-2019 y CSJ SL373-2021). Amén de ello, si se suscitó información, cuáles fueron sus alcances, si fueron suficientes, cuáles serían las subreglas probatorias para el efecto y en general los demás aspectos interrelacionados.

Y ciertamente sobre la trascendencia de la información que debe ser suministrada a quien se afilia a un fondo de pensiones tiene lógicas consecuencias jurídicas y así se ha reconocido en nuestra normativa sustantiva. Al respecto en la sentencia SL1452-2019, del 3 de abril de 2019, emanada de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia se hace un análisis amplio e histórico de tal obligación. Al respecto el aparte conclusivo de lo allí ampliamente expuesto es el siguiente extracto:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los</i>

consejo y doble asesoría.	Circular Externa n. 016 de 2016	representantes de ambos regímenes pensionales.
---------------------------------	------------------------------------	--

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, 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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión***

adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, 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.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado.”

Ahora, también en el precedente citado se reiteraron subreglas de orden probatorio. Sobre el particular se expuso allí lo siguiente:

“3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, 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.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, 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.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria

complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.”

En tal sentido y siguiendo en integridad los parámetros jurisprudenciales, así como el precedente propio de esta Sala, veamos sí el señor Fernando Gutiérrez Solano, recibió la información debida para colegir que la pretendida ineficacia del traslado de régimen pensional no puede salir avante como lo pregonan la AFP recurrentes de este aspecto, Porvenir S.A. y Colpensiones S.A.. O si por el contrario, debe mantenerse lo resuelto en la primera instancia que concluyó lo opuesto.

Dentro del expediente, en torno a la información que se le brindó al demandante, ciertamente obran diversos medios

probatorios que aluden directa o indirectamente a ello. Veamos:

En principio ha de denotarse que ciertamente en el proceso además de haberlo reseñado la juzgadora de la primera instancia en su fallo, lo relacionado con la vinculación y traslados del demandante Fernando Gutiérrez Solano se acreditó debidamente en el proceso con la documentación respectiva.

Al respecto precisa observarse que la afiliación se efectuó al R. A. I. S., de la siguiente manera: Obran en el expediente los formularios de afiliación N°0668202 del 25 de mayo de 1997 de a la AFP Protección, el N° 98-0020392 del 9 de abril de 1999 de AFP Horizonte hoy Porvenir; N°98-0020803 del 2 de junio de 1997 de a la AFP Horizonte hoy Porvenir; N°154316 del 9 de junio de 2003 de la AFP Skandia; N°2003-2038954 del 1 de septiembre de 2004 de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A.; N°2004-2284732 del 22 de octubre de 2004 de a la AFP Horizonte, hoy Provenir S.A., (Folios 11 a 17 del archivo denominado 05SubsanacionDemanda de la carpeta del proceso del expediente digital). Ciertamente no hubo cuestionamiento sobre el ámbito probatorio de estos documentos.

Tales documentos, respecto del ámbito de la información contienen lo siguiente:

“Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad, la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones, manifiesto que he elegido a la administradora de fondo de pensiones y cesantías protección S.A. para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos”²; “Voluntad de selección y afiliación” “hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones, manifiesto que he elegido a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Horizonte S.A. para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos”³; “Voluntad de selección y afiliación” “hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones, manifiesto que he elegido a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Horizonte S.A. para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos”⁴; “Declaro bajo juramento que realizo en forma voluntaria, libre y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual con solidaridad y a su vez SKANDIA pensiones y cesantías S.A. para que sea la única entidad que administre mis aportes personales. Declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos, así mismo declaro que he recibido y conozco el reglamento del fondo y el plan que seleccione, a los cuales me adhiero y que me comprometo a actualizar mi información personal por lo menos una vez al año”⁵; “Voluntad de afiliación pensiones obligatorias” “Hago constar que la

² Folio 11 del archivo denominado 05SubsanacioDemanda de la carpeta del proceso del expediente digital. Formato No. 0668202.

³ Folio 12 del archivo denominado 05SubsanacioDemanda de la carpeta del proceso del expediente digital. Formato No. 98-0020392.

⁴ Folio 13 del archivo denominado 05SubsanacioDemanda de la carpeta del proceso del expediente digital. Formato No. 98-0020803.

⁵ Folio 14 del archivo denominado 05SubsanacioDemanda de la carpeta del proceso del expediente digital. Formato No. 154316.

selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones, he sido asesorado sobre las implicaciones del régimen especialmente sobre el régimen de transición en caso de pertenecer al mismo, manifiesto que he escogido a BBVA Horizonte pensiones y cesantías, para que administre mis aportes pensionales, conozco que dispongo de cinco (5) días hábiles a partir del diligenciamiento de este formulario para retractarse de la afiliación declaro que los datos proporcionados en este formulario son verdaderos”⁶.

Ahora, en su demanda el señor Gutiérrez Solano, hizo las siguientes afirmaciones en torno a las condiciones en que se hizo la afiliación al R.A.I.S: Así en el hecho “3o”:

“...que el asesor comercial de la AFP Protección, no le brindó una información clara, completa y oportuna acerca de la ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como en el de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en especial no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse de Régimen Pensional.”.

En el hecho “4o”:

“Igualmente, los asesores de la anterior AFP Protección le prometieron condiciones y beneficios muy superiores a mi poderdante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que si continuaba en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida”.

⁶ Folios 16 y 17 del archivo denominado 05SubsanacionDemanda de la carpeta del proceso del expediente digital. Formatos No. 2003-2038954 y 2004-2284732

Ahora, la AFP Protección S.A, al contestar la demanda expuso en torno a lo anterior, lo siguiente:

“...en lo que tiene que ver con la información que se brinda a los usuarios de la AFP, tanto los asesores comerciales, como los asesores de atención al usuario se encuentran 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, espontanea e informada”.

Ahora, dentro de trámite del presente proceso también se recepcionó el interrogatorio de parte al señor Fernando Gutiérrez Solano y se le indagó precisamente cómo fue el proceso de afiliación y qué tipo de información se le brindó para que se optara por su salida del Seguro Social entonces y entrara al régimen de la R.A.I.S.. Los aspectos relevantes de las respuestas dadas son los siguientes:

En principio se le solicitó que dijera cómo había sido el proceso de afiliación. Al respecto manifestando que *“...un día lo citaron a una reunión a los funcionarios de la compañía, 40 funcionarios, para explicarles lo que eran los fondos privados, que en esa reunión les dijeron que el seguro social se iba a acabar que el seguro estaba quebrado y que iban a perder lo que habían cotizado y después les dijeron los beneficios de los*

fondos de pensiones, por ejemplo que podrían pensionarse a la hora que ellos quisieran, que los rendimientos de los fondos estaban en una situación excelente, que las utilidades de los fondos eran grandísimas”.

Igualmente se le indagó sobre la fecha en la que se enteró que podía trasladarse al fondo público nuevamente, contestando: *“...que se dio cuenta a los 54 años cuando fue a averiguar qué pasaba con su pensión porque estaba a 8 años de pensionarse y que está completando 42 años cotizando a pensión y se dio de cuenta que no era cierto por lo que lo habían convencido, que eran unas ventajas que no existían y que le dijeron que se podía regresar”.*

La recurrente, para estos efectos Colpensiones, en principio se dolió de que en el curso del plenario no se probó la supuesta indebida e insuficiente asesoría aludida por la accionante, ya que precisamente tras haber sido debidamente informado decidió bajo su mera liberalidad suscribir formulario de afiliación al fondo de pensiones AFP Protección, en un comienzo y luego con distintas Administradoras del Fondo de Pensiones dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; afiliación que se efectuó en virtud de la libre elección de régimen de seguridad social conferida por la Ley 100 de 1993, sin que el actor hubiere manifestado durante la permanencia en el fondo pensional inconformidad alguna con las prerrogativas del régimen.

Sin embargo, ha de observarse que el ámbito de la carga de la prueba constituye una de las subreglas para resolver judicialmente causas como las presentes. Y al respecto, los precedentes que unifican la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral como de ésta misma Sala, denotan que no es a la parte demandante, al afiliado a las AFP RAIS a quien corresponde demostrar la indebida o insuficiente información, sino precisamente es responsabilidad procesal del fondo demandado. Y al respecto, también, observarse que la información suministrada en el respectivo formulario, no se torna suficiente y adecuada para enervar la eficacia de la afiliación, porque no tiene el alcance y profundidad necesaria para derivar un verdadero consentimiento informado, según también se explica ampliamente en la jurisprudencia citada y las demás concordantes sobre la materia.

En tal sentido, las negaciones indefinidas ciertamente no se prueban, sino que están exentas de tal exigencia por la imposibilidad material para allegar un medio demostrativo de ellas, lo cual fue recogido en el art. 167 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, y ya era norma también en igual sentido en el Código de Procedimiento Civil a través del art. 177, ordenamiento que venía rigiendo desde 1970 en nuestro país, solo para citar un ejemplo de lo referido.

Es claro también para la Sala que, las manifestaciones que hiciera el señor Fernando Gutiérrez Solano en su interrogatorio de parte, no permiten inferir una confesión en torno a una debida información a las implicaciones del cambio de régimen pensional. En los términos denotados, solo se pudo haber dado una información generalizada, porque se expresó por el demandante que antes de la firma del formulario contentivo de la solicitud de afiliación, el asesor brindó una información para un grupo de trabajadores, sin que se detuviese cuál podría ser la implicación respecto de cada uno de ellos. Esto es, atendido sus ingresos actuales y proyecciones laborales, así como su edad, tiempo de cotización anterior y en general cualquier otro aspecto que tuviese incidencia para que se cumpliera con el objetivo de lograr una información completa y así colegir que el cambio de régimen se hace atendiendo los lineamientos legales en pro de los intereses de quienes en el futuro aspiran a una pensión para su vejez.

Se dolió igualmente Colpensiones de que la afiliación es un acuerdo de voluntades y respecto del cual no se logró demostrar que el demandante cumpliera con sus derechos y deberes, toda vez que no demostró ninguna inconformidad de estar en el RAIS; tampoco indagó más allá, siendo su obligación como parte del contrato, por lo que aduce que se predica una auto-responsabilidad del actor.

Sin embargo, el anterior reparo ciertamente no puede conllevar a que se deje de resaltar la incidencia del aspecto central de esta clase de debates jurídicos, tal como reiteradamente lo ha explicado la autoridad unificadora de la Jurisprudencia en esta materia. Al respecto se ha insistido por la Sala de Casación Laboral que esta clase de controversias debe desatarse a partir de lo que se informó en el momento de la respectiva afiliación. Por consiguiente, si bien se mantiene un vínculo con el fondo respectivo a lo largo de prolongado tiempo, lo que pueda acaecer durante ese trascurso del vínculo, solo podría tener incidencia en la medida que se haya demostrado que efectivamente sí se materializó la información necesaria, suficiente y oportuna para mantenerse en el fondo. Y ello ciertamente no acaeció en el presente evento. Por lo mismo, exigir una determina conducta o la auto capacitación al afiliado a las RAIS, respecto de las implicaciones en uno otro régimen no es de recibo para enervar las pretensiones de ineficacia demandadas.

También se dolió Colpensiones de que el actor tuvo la oportunidad de realizar el traslado de régimen, pero con su actuar ratificó su conformidad al permanecer en el RAIS y haber firmado un formulario de afiliación más. Y que asimismo, no existe prueba que evidenciara que el demandante haya tenido voluntad regresar al régimen de prima media. Sin embargo, esto podría conducir a que se revoque el fallo y se desestimen las pretensiones.

En efecto, las subreglas jurisprudenciales que como precedentes verticales son vinculantes, ciertamente no aluden a la temporalidad de la vinculación con las RAIS. Tampoco que no se haya tenido la voluntad de regresar al Régimen de Prima Media. Como fuera ampliamente resaltado, la información dada en el momento del cambio de régimen ciertamente es la que tiene incidencia, porque al desconocerse el alcance de un régimen, atendido lo complejo del tema, mal podría evitar el regreso al aludido último régimen.

También arguyó Colpensiones, en procura de que se revocara la sentencia de primera instancia, que tampoco se demostró la existencia de engaño, razones que no pueden igualmente conllevar a que deba accederse favorablemente al recurso de alzada.

Ha de insistirse en que, se torna suficiente para la declaratoria de ineficacia del traslado de un Fondo Privado, es decir del RAIS, al Régimen de Prima Media, que no se demuestre haber dado en su momento, la debida y completa información sobre los verdaderos alcances de tal acto, con todas sus implicaciones en momento de adquirirse el derecho a la pensión respectiva. Y ello como se ha denotado, no fue lo que ocurrió en el presente evento.

Se dolió a su vez la AFP recurrente, de aspectos en torno a la información debida para el cambio de Régimen. En tal sentido, alude que para la fecha del traslado no se tenía la obligación de establecer cuál sería el monto de la pensión que devengaría la demandante como parte de la información a brindar para tomar la decisión de traslado de régimen. Sin embargo, para esta Colegiatura resulta necesario observar que, el deber de información ciertamente exige unas connotaciones de tal magnitud que se echan de menos en el presente proceso, bajo los lineamientos aludidos en torno a los medios probatorios acopiados en el presente proceso.

Se concluye entonces, en que el primer ámbito objeto de estudio por la Sala, no puede conllevar a que se revoque el fallo recurrido, al concluirse también por esta Sala que sí se estructuraron los presupuestos sustanciales y procesales para declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional. Por ello, lo resuelto en primera instancia sobre el particular deberá ser confirmado íntegramente.

En otro orden de ideas, debe la Sala ahora ocuparse de los reparos que se hicieran por parte de los apoderados judiciales de las AFP Protección S.A. y Skandia S.A., que concernieron con la condena respecto de las denominadas “*Comisiones y gastos de Administración*”.

Los argumentos en que se apoyó el reclamo se contrajeron sustancialmente a los siguientes:

Que de imponer la condena, se encontraría ante un enriquecimiento sin justa causa del demandante, al estar recibiendo los rendimientos generados por la buena administración de la AFP, realizándose una indebida interpretación de la constitución y la ley, vulnerándose el derecho a la igualdad y privilegiándose a una de las partes del contrato declarado ineficaz. Además, tal rubro obtiene por virtud de las exigencias de la Superintendencia Financiera, en cuanto al aseguramiento de riesgos de invalidez y muerte del afiliado, y los rendimientos causados. Al igual que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, señala que la comisión de administración no hace parte de los recursos pensionales. Y aducen que en cumplimiento de las disposiciones normativas las administradoras recurrentes, han realizado una adecuada gestión de la cuenta de ahorro del demandante. Y que no puede perderse de vista el artículo 1746 del C.C., sobre las restituciones mutuas, pues se generaron una serie de frutos y mejoras, que para el demandante son los rendimientos y para las AFP las cuotas de administración.

En torno a tal aspecto jurídico y consecuencial con la declaratoria de ineficacia, también esta Sala ya se pronunció en el mismo fallo aludido atrás (Sentencia del 21 de junio de 2022). En tal oportunidad se denotó lo siguiente:

“También al respecto esta Sala debe en principio tener presente cuáles son las subreglas jurisprudencias en torno a este aspecto jurídico. Y tal sentido, determinar si está frente a situaciones análogas y si es del caso, cuál sería la posición de la Sala en torno a las condenas que se impusieron en la primera instancia, frente a los reparos que se hicieron por vía del recurso de alzada. Al respecto, en la muy reciente sentencia sustitutiva proferida por la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL1414-2022 del 27 de abril del presente año, expuso como aspecto consecuencial a la procedencia de la ineficacia de la afiliación a las AFP de las RAIS, lo siguiente:

“Por lo expuesto, se adicionará el numeral primero de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A., a que traslade a Colpensiones, además de los aportes y sus respectivos rendimientos contenidos en la cuenta individual del demandante, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser indexadas para corregir la pérdida del poder adquisitivo por fenómenos inflacionarios, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, con cargo a sus propios recursos, como se adocrinó en las sentencias CSJ SL5680-2021 y CSJ SL755-2022; y, consecuencialmente, para todos los efectos legales se debe tener en cuenta que la afiliada nunca se trasladó al RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el RPM administrado por Colpensiones.”

En tal orden de ideas, deberá entonces aplicarse también las subreglas allí fijadas por la autoridad unificadora de la Jurisprudencia, las que ciertamente son reiteradas, razón por la cual los reparos que sobre el particular fueron

expuestos por la apelante la AFP PROTECCION S.A., así como la también AFP PORVENIR S.A., en torno al ámbito o alcance de la condena, en lo concerniente con el numeral “Cuarto” de la sentencia recurridas, relativo al reintegro de las cuotas de administración no puede ser revocada. En tal sentido, mal podría colegirse un enriquecimiento indebido, cuando quiera que se busca que las condiciones patrimoniales anteriores al acto declarado ineficaz, en lo posible sean debida y justamente restablecidas, tal cual acontece cuando en el ámbito civil se declara la nulidad de un acto o contrato. Al quererse equilibrar las pretensiones con los pronunciamientos consecuenciales, no podría entenderse como una condena patrimonial con otros alcances, en los términos que se exponen por la recurrente.

Consecuente con lo expuesto, la condena impuesta en torno al reintegro de las cuotas de administración se ajusta a derecho y por lo mismo, tal pronunciamiento igualmente deberá ser objeto de íntegra confirmación. Así se dispondrá en la parte resolutive de este proveído.”

En la situación en examen, el reclamo que expusiera la parte recurrente, en este evento la AFP Porvenir S.A. y AFP Skandia S.A., ciertamente no pueden salir avantes, porque este aspecto consecuencial a la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, también ha sido objeto de análisis por la Autoridad Unificadora de la Jurisprudencia y también ya esta Corporación se ha pronunciado en el mismo sentido.

Por consiguiente, como condena consecuencial no podría ser revocada porque su ámbito ciertamente hace parte de las subreglas jurisprudenciales que rigen esta clase de conflictos

jurídicos. Por lo mismo, los argumentos expuestos en orden que se proceda en contra de lo dispuesto en la primera instancia, referidos a la que serían fuente de un enriquecimiento ilícito para el demandante; que se apoyaron en reglamentaciones administrativas; que hacen parte de una debida gestión administrativa o que deben ser consideradas como restituciones mutuas, cuando un acto o contrato es declarado ineficaz por cual quiera caso, no podrían ser atendidos.

Por lo expuesto, tampoco no puede salir avante el recurso de alzada interpuesto por la profesional del derecho que defiende los intereses de la AFP Porvenir y la condena consecucional referida a las cuotas de administración deberá ser objeto de íntegra confirmación.

Deviene entonces colegir a manera de conclusión que ni la apelación que se impetrara por Colpensiones y Porvenir S.A., ni por las AFP Skandia S.A y Protección S.A., salen avantes y por ende, deberá confirmarse íntegramente lo resuelto en la primera instancia, con la consecuente condena en costas procesales para esta instancia igualmente.

Decisión

De conformidad con lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SAN GIL, EN SALA CIVIL FAMILIA LABORAL**, *“Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley”*,

Resuelve

Primero: Por lo expuesto en la parte motiva de éste proveído, **CONFIRMAR INTEGRAMENTE** la Sentencia del veintidós (22) de febrero de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Gil dentro del presente proceso.

Segundo: COSTAS de la Segunda Instancia a cargo de las AFP recurrentes Skandia S.A, Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones S.A. y a favor de la parte demandante.

Tercero: Por Magistrado sustanciador, se señala como agencias en derecho en esta instancia, la suma de cuatro millones seiscientos cuarenta mil pesos (\$4.640.000)

Cuarto: Oportunamente **devuélvase** el expediente al Despacho de origen.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE.

El Magistrado,



JAVIER GONZÁLEZ SERRANO

Los Conjueces,



ANDRÉS DARÍO BENÍTEZ CASTILLO



GUILLERMO MEDINA TORRES