



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 diez (10) de marzo dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-001-2022-00111-01 P.T. No. 20.128  
NATURALEZA: ORDINARIO  
DEMANDANTE: NELSON OMAR SAYAGO PÉREZ  
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRAS.  
FECHA PROVIDENCIA: DIEZ (10) DE MARZO DE 2023.  
DECISION: **“PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha del 2 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Primero 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 la parte demandada COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$500.000 a cargo de la 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 dieciséis (16) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

**REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO  
SECRETARIO**

El presente edicto se desfija hoy veintiuno (21) de marzo 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**

Diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2.023)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-3105-001-2022-00111-01
<b>RADICADO INTERNO:</b>	20.128
<b>DEMANDANTE:</b>	NELSON OMAR SAYAGO PÉREZ
<b>DEMANDADO:</b>	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

**MAGISTRADA PONENTE:**  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como del grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 2 de noviembre de 2022 que fue proferida por el Juzgado Primero 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 NELSON OMAR SAYAGO PÉREZ por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PROTECCIÓN S.A, solicitando que declare la nulidad e ineficacia del traslado y afiliación del régimen de prima media administrado entonces por el I.S.S. al de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN por la nula información suministrada para convencerlo de este acto, disponiendo su retorno a COLPENSIONES con el traslado de todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual, para que sean recibidas y convalidadas por esta última entidad como única afiliación válida al sistema.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones principales relata:

- Que el señor NELSON OMAR SAYAGO PÉREZ RAMÍREZ nació el 5 de julio de 1964 y ante ello cumplirá la edad mínima para acceder a la pensión en 2026; comenzando a cotizar a pensión a partir del 10 de octubre de 1991 a través del Régimen de Prima Media con Prestación Definida donde acumuló 886 semanas.

- Que el 1 de enero de 2009 suscribió el formulario de solicitud de vinculación No. 8526730 a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladándose del Instituto de Seguro Social hoy COLPENSIONES; relatando que esto sucedió mientras laboraba para C.I. INVERSIONES REINGENIERÍA Y TRANSPORTE LTDA. como supervisor de patio, sin que esa decisión estuviera precedida de suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió.

- Que desde su traslado ha cotizado otras 655.71 semanas recibidas por PROTECCIÓN, acumulando un total de 1541.71 semanas al sistema general de pensiones; sin que previamente a la decisión se le entregara el reglamento de funcionamiento del fondo, se le explicara sobre la facultad de retractarse, ni la forma en que obtendría mejores beneficios, las modalidades existentes para pensionarse en el RAIS, la forma de liquidar la mesada pensional y demás características o diferencias entre ambos regímenes.

- Que ha solicitado a las entidades su traslado al régimen de prima media, pero ha sido negado alegando estar en el límite de edad previa a la pensión para retornar.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que admitía los hechos relacionados las fechas de nacimiento y afiliaciones en que el demandante realizó aportes en el RPMPD, acorde a su expediente administrativo. Respecto a los demás hechos manifestó que no le constan y deberán ser demostrados por la interesada.

- Que se opone a la declaratoria de ineficacia de la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues goza de plena validez, teniendo en cuenta que 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, pero que no se encuentra elemento alguno que permita dar cuenta que, se presentó una falta de información por parte del fondo privado al momento de llevarse a cabo la suscripción del formato de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

- Expuso que el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93 y la afirmación de indebida y engañosa información, deberá alegarse y demostrarse en el transcurso del proceso judicial; aclarando que la actora realizó su afiliación al RAIS de manera voluntaria y autónoma desde la libertad que le otorga la ley para hacerlo, sin que en dicho acto jurídico haya intervenido Colpensiones, firmando formulario de afiliación al fondo privado.

- 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.

- Respecto a la carga dinámica de la prueba manifestó que la posición jurisprudencial invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, por lo que creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso, y ya que los fondos de pensiones no han podido acreditar la exigencia probatoria de la suficiencia de la información suministrada al momento del traslado puesto que cuentan únicamente con los formularios de afiliación, los fallos judiciales en la actualidad se expiden en contra de dichas entidades y de manera colateral afectan los intereses de Colpensiones.

- Propuso las excepciones de mérito de: buena fe, inexistencia de la obligación demandada, falta de derecho para pedir, prescripción, cobro de lo no debido, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación y genérica.

La demandada AFP PROTECCIÓN contestó a la demanda mediante su apoderada judicial así:

- Respecto de los hechos, acepta las fechas de nacimiento y suscripción de formulario, pero señala que esta decisión fue adoptada una vez los asesores le suministraron información precisa, veraz y de fondo sobre las implicaciones de la afiliación al sistema, desventajas, ventajas y diferencias con el RPM y con ésta asesoría el demandante de manera libre y voluntaria decide vincularse al RAIS; advirtiendo que el referido reglamento de funcionamiento es consultable en la página web.

- Agrega que para la fecha de la afiliación se exponían con precisión las características de los regímenes pensionales que conforman el sistema general de pensiones, puntualizando en las propias del régimen de ahorro individual RAIS, dicha explicación se acompañaba de cálculos realizados de manera verbal, para lo cual se les indicaba que para pensionarse de manera anticipada o con una mesada pensional alta debían efectuar aportes voluntarios y que dichos valores estaban sujetos al estado civil del afiliado, beneficiarios, al mercado financiero y a los aportes efectuados en la cuenta de ahorro individual con la cual se financiaría la pensión.

- Se opone a las pretensiones por cuanto el demandante de manera libre y voluntaria solicitó el traslado de régimen a la AFP PROTECCION S.A., en el año 2009, una vez los asesores les brindaron información respecto a los regímenes pensionales, solicitud en la cual no obra constancia de situación anómala o constreñimiento y sin que se demuestre inducción a vicios del consentimiento; que la AFP ha dado cumplimiento a las obligaciones contractuales adquiridas.

- Expone como fundamentos de defensa que para el caso del actor, actualmente cuenta con 57 años de edad, por lo que no sería posible efectuar el traslado de régimen por traslado normal. Sin embargo, al aplicar lo establecido en las Sentencias C-1024 de 2004, C-789 de 2002 y SU 062 de 2010, puede advertir que el actor no ha sido beneficiario del régimen de transición que le convalide alguna garantía de expectativa a proteger.

- Propone como excepciones de mérito: Declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de su afiliación, buena fe de la demandada, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y seguro previsional, prescripción y genérica.

## **2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

### **2.1. Identificación del Tema de Decisión**

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por las demandada COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la Sentencia del 2 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

**“PRIMERO: DECRETAR** LA NULIDAD E INEFICACIA EL TRASLADO DEL REGIMEN DE AHOROR INDIVIDUAL QUE EL DEMANDANTE NELSON OMAR SAYAGO PEREZ, REALIZO AL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION SA CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN EN ESTA SENTENCIA.

**SEGUNDO: CONDENAR** A LA DEMANDADA ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION SA A DEVOLVER AL SISTEMA TODOS LOS VALORES QUE HUBIESES RECIBIDO TALES COMO COTIZACIONES, BONOS PENSIONALES, SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADOS CON TODOS SUS FRUTOS E INTERESES CONFORME LO DISPONE EL ARTICULO 1746 DEL CODIGO CIVIL ESTO ES CON SUS RENDIMIENTOS QUE SE HUBIEREN CAUSADO EN VIRTUD DEL REGRESO AUTOMATIVO AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA, CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN EN LA SENTENCIA.

**TERCERO: ORDENA** A COLPENSIONES QUE UNA VEZ LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., DE CUMPLIMIENTO A LO ORDENADO, PROCEDA A REACTIVAR LA AFILIACION DEL REGIMEN MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA POR ELLOS ADMINISTRADOS DEL AQUÍ DEMANDANTE NELSON OMAR SAYAGO PEREZ , CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN EN LA SENTENCIA.

**CUARTO: SE CONDENAN** A LA ADMINSTRADOR DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION SA, ASUMIR A SU CARGO LOS DETERIORES SUFRIDOS POR EL BIEN ADMINISTRADO, EN CASO DE QUE SE HUBIESES CAUSADO, ESTO ES LAS MERMAS SUFRIDAS EN EL CAPITAL DESTINADO A LA FINANCIACION DE PENSION DE VEJEZ, POR LOS GASTOS DE ADMINISTRACION EN QUE HUBIERE INCURRIDO, LOS CUALES SERAN ASUMIDOS DE SU PROPIO PATRIMONIO SIGUIENDO LAS REGLAS DEL ARTICULO 963 DEL CODIGO CIVIL, CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN EN LA SENTENCIA.

**QUINTO: NO PROSPERAN LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LAS DEMANDADAS.**

**SEXTO: COSTAS A CARGO DE LOS DEMANDADOS”**

## **2.2. Fundamento de la Decisión.**

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

- Que el debate jurídico se centra en determinar si es procedente declarar la ineficacia traslado que el demandante realizó del RPMPD al RAIS en marzo de 2009 por falta de información suficiente y así ordene a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos y que estos sean recibidos con la afiliación al régimen de prima media; a lo que se oponen las demandadas en el término legal, alegando el derecho a la libre escogencia y que no existió vicio alguno del consentimiento, el cual debe probarse porque el demandante no puede desconocer sus actos propios, por lo que la afiliación válida y vigente actualmente es la del RAIS.

- Manifestó que las pruebas documentales permiten verificar que el actor comenzó su ahorro pensional en el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL para luego trasladarse a PROTECCIÓN S.A. y sobre el acto de traslado solo obra como prueba el formulario que suscribió para tal fin en 2009 pero no se aportó otro documento referente a ese acto pues los demás son peticiones para solicitar el retorno, evidenciando que el actor ingresó en octubre de 1991 al I.S.S., durando allí hasta febrero de 2009 pues al mes siguiente se hizo efectivo el cambio de régimen por el formulario suscrito en enero de 2009; agrega que la única prueba adicional fue el interrogatorio de parte del demandante, donde el actor informó que entonces trabajaba en una empresa de carbón como encargado de la nómina y llegaron unos amigos de su empleador, ofreciéndole un cambio alegando que así tendría más beneficios pues sus aportes tendrían mayor rendimiento, se pensionaría a menor edad y su mesada sería mayor a la del I.S.S., entidad que le dijeron estaba quebrado y por su edad era mejor trasladarse al fondo privado, por lo que aceptó e inclusive ellos mismos rellenaron el formulario que firmó, pero que solo ahora tiene conocimiento de las implicaciones.

- Que la demandada PROTECCIÓN alega que al demandante se le dio una información completa, precisa y veraz sobre las ventajas y características de ese régimen y el de prima media, pero la única prueba que obra sobre lo acontecido en el acto de traslado es el mero formulario, lo que ha sido ampliamente definido como insuficiente en una larga línea jurisprudencial sobre el asunto materia de estudio, recayendo la carga probatoria en el fondo privado pues desde la vigencia de la Ley 100 de 1993 estaba obligado a entregar la información suficiente, para contrastar las ventajas de ambos régimen para el trabajador y la ausencia de prueba de este acto genera la invalidez e ineficacia del acto de traslado, conforme el artículo 271 de la Ley 100.

- Expresó que para el caso en estudio, con vista en las pruebas allegadas por los interesados, no se probó que la actora hubiere recibido la información que le facilitara una escogencia de fondo pensional y que verdaderamente con dicho traslado hubiere adquirido más beneficios a su haber, pues solo existe el formulario de afiliación, por lo que el despacho acoge los lineamientos jurisprudenciales tenidos en cuenta por el superior, así como sus motivaciones de la sentencia citada, y al no existir prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz completa y cierta al afiliado al momento del traslado por parte del fondo privado se dispone la nulidad e ineficacia del traslado al RAIS que el demandante realizó del RPMPD, por lo que se condena a PROTECCIÓN a devolver al sistema pensional todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, así como todos los descuentos realizados por gastos de administración, fondo de solidaridad y los demás conforme los dispone el literal b artículo 60 y 20 de la Ley 100 de 1.993, y el deterioro sufrido por el bien administrado en caso de que se hubiere causado, conforme la sentencia SL5686-2021. A COLPENSIONES le ordena que una vez PROTECCIÓN de cumplimiento a lo ordenado proceda a aceptar el traslado y reactivar como afiliado al demandante, actualizando su historia laboral recibiendo todos los dineros.

- Señalo en cuanto a la excepción de prescripción alegada por COLPENSIONES, que está establecido jurisprudencialmente que este traslado se puede realizar en cualquier tiempo, por lo que no hay lugar al estudio de la misma.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 De la parte demandada COLPENSIONES:**

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

- Que no resulta procedente la declaratoria de ineficacia y nulidad de traslado porque el realizado por el demandante del RPMPD al RAIS goza de plena validez, ya que el mismo lo hizo ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, establecido en el artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993 y según el artículo 48 de la ley 1328 de 2009 que modifico los literales c y d del artículo 60 de la norma previamente citada.

- Que no es posible aceptar el traslado del demandante teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modifica el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues el actor le faltan menos de 10 años para pensionarse. Mencionó la sentencia C-1024 de 2004 de la Corte Constitucional e hizo referencia a la descapitalización del fondo común del RPMPD y la equidad en el reconocimiento de las pensiones del RAIS, respecto a que las personas que han contribuido a obtener una alta rentabilidad puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros y advierte que el actor se mantuvo en el régimen exponiendo tácitamente su conformidad con el mismo.

### **4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

### **5. ALEGATOS**

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

#### **• DEMANDANTE:**

El apoderado de la parte actora solicita que se confirme la sentencia de primera instancia en aplicación del precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que la carga de la prueba corresponde a las Administradoras de Pensiones para desestimar la alegada falta de información y para ello no es suficiente esgrimir el formulario de afiliación, ni encontrarse en el límite para no retorno, quedando establecido que el actor no recibió adecuada información para decidir su traslado de régimen pensional. Respecto de la devolución de los dineros de la cuenta, rendimientos financieros y cobros de administración, señala que estos deben reintegrarse en su totalidad por tratarse de aspectos ajenos al régimen de prima media y la jurisprudencia ha señalad que debe evitarse el detrimento patrimonial.

#### **• DEMANDADA:**

La apoderada de COLPENSIONES señala que no es procedente se declare la nulidad e ineficacia del régimen pensional, por cuanto la parte demandante realizo su traslado de régimen de manera voluntaria y autónoma desde la libertad que le otorga la ley, sin que en dicho acto jurídico haya intervenido Colpensiones al suministrar información y la actora no demostró la alegada falta de información, dado que suscribió el formulario. Que el acto lo realizo la parte actora de forma libre y voluntaria y cumpliendo con los requisitos legales, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, conforme consagra el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y que la actora está en el límite legal para cambiar de régimen. Que en caso de

acceder a la pretensión, las administradoras deben reintegrar la totalidad de la cotización, para garantizar el principio de equilibrio financiero.

## **6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

## **7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:**

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado del señor NELSON OMAR SAYAGO PÉREZ del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual PROTECCIÓN S.A.?, y de ser procedente, ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?

## **8. CONSIDERACIONES:**

Procede esta Sala a determinar en primer lugar si el traslado del señor NELSON OMAR SAYAGO PÉREZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó en marzo de 2009, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., o si en su defecto, procede la declaratoria de ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS y el orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES, pues esto implicaría que el demandante se encuentra actualmente afiliado al RPMPD.

Al respecto el juez a quo concluyó, que era procedente declarar la ineficacia del traslado dado que existe un deber de información de las administradoras a sus afiliados al momento de consolidar el mismo, respecto del cual era necesario demostrar que al demandante se le entregó información veraz, clara y completa sobre los beneficios y desventajas de cada uno de los regímenes, que le facilitara una escogencia de fondo pensional, lo que jurisprudencialmente se ha señalado es carga de la prueba de la AFP y no se cumplió, por lo que accedió a las pretensiones.

A esta conclusión se opuso Colpensiones manifestando que se debió resolver en contra del demandante porque el traslado que realizó al RAIS es válido, además que con la decisión se genera una descapitalización del RPMPD y un desequilibrio financiero para el régimen que administra; siendo improcedente validar la afiliación del actor por estar en el límite legal para retornar.

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

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

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PROTECCIÓN S.A.; pues argumenta el demandante que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

El demandante manifestó que se afilió al ISS en octubre de 1991. Que en enero de 2009 suscribió los documentos para realizar el traslado a la AFP PROTECCIÓN, después de que asesores acudieran a la empresa donde laboraba y le dieran información sobre las ventajas del RAIS y que el ISS estaba en quiebra, para aconsejarle que era mejor estar en el régimen privado sin mayor especificación. También informó que adelantó reclamación administrativa ante las demandadas solicitando la nulidad de afiliación al RAIS y obtuvo respuesta negativa.

Del expediente se puede evidenciar que el actor se encontraba afiliado al RPMPD desde octubre de 1991, donde cotizó 875.71 semanas según historia laboral de COLPENSIONES (866 según historial de PROTECCIÓN), por diferentes empleadores privados y que desde marzo de 2009 se materializó su traslado al RAIS con afiliación a la AFP PROTECCIÓN, donde a marzo de 2022 había cotizado 655.71 semanas adicionales para un total de 1541.71 semanas, según historia laboral de esa entidad.

Se resalta que aparte del formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. No. 8526730 de fecha 29 de enero de 2009, no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento del traslado de régimen pensional, siendo necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, el señor NELSON OMAR SAYAGO PÉREZ 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, 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.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PROTECCIÓN S.A brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para enero a marzo de 2009 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento PROTECCIÓN S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, y no aportó prueba alguna que lo confirmara, ya que con las aportadas al proceso no se infiere con certeza que la situación pensional particular de la actora haya sido estudiada 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 NELSON OMAR SAYAGO PÉREZ 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, a que para la fecha del último traslado al RAIS ya estaba en vigencia la Ley 1328 de 2009, así como el Decreto 2241 de 2010, 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 del recurso de apelación de ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

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

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 a prosperar.

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor, se ha concluido que PROTECCIÓN S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS, 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 descuentos realizados por gastos de administración y seguro previsional 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 PROTECCIÓN S.A. y PROTECCIÓN 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.***”

Al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A., deberá devolver completamente todas las prestaciones que recibieron del afiliado, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones.

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

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

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

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

Con todo, se concluye sin mayor elucubración que, a la AFP demanda, le 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 la apoderada de PROTECCIÓN S.A., referente a que los descuentos se hicieron con fundamento jurídico, ya que 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 la afiliación.

Lo anterior permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar a la actora desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 2009 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 la actora pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 2 de noviembre de 2022; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a la demandada COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$500.000 a cargo de la demandada.

#### **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 del 2 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

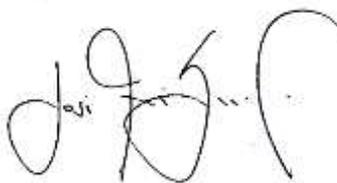
**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la parte demandada COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$500.000 a cargo de la demandada.

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 54-001-31-05-001-  
2022-00211-01**

**PI 20128**

**NELSON OMAR SAYAGO PÉREZ** contra **COLPENSIONES Y  
OTRO.**

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

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

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro

de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. A. J. C. S.', written over a horizontal line.

**DAVID A. J. CORREA STEER**  
**Magistrado**