



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

E D I C T O

LA SECRETARÍA DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA,

H A C E S A B E R:

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

RADICACIÓN: 54-001-31-05-002-2022-00191-01 P.T. No. 20.396

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE LUÍS ALBERTO CASTILLO ALVAREZ.

DEMANDADO: COLPENSIONES y OTRA.

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

DECISION: “**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha 15 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la parte demandada COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 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 diez (10) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

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

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO



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

Tres (03) de Agosto de dos mil veintitrés (2.023)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2022-00191-01
RADICADO INTERNO:	20.396
DEMANDANTE:	LUIS ALBERTO CASTILLO ÁLVAREZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 15 de febrero de 2023 que fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

El señor LUIS ALBERTO CASTILLO ÁLVAREZ interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., solicitando que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad realizado el 1 de febrero de 1997, determinando que está afiliado a COLPENSIONES y que por ende se condene a PROTECCIÓN, a devolver al RPMPD la totalidad de aportes, rendimientos y descuentos que deben ser recibidos por COLPENSIONES.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones que nació el 20 de julio de 1957, estando cobijado en el régimen de prima media a través de cotizaciones realizadas a CAJANAL y CAJA DEPARTAMENTAL DE PREVISIÓN SOCIAL DE TOLIMA, hasta que el 30 de enero de 1997 se trasladó a A.F.P. PROTECCIÓN, indicando que en ese momento el asesor no le informó en forma concreta cuales eran los beneficios que ganaba o que perdía con dicho traslado, antes, por el contrario, lo persuadió argumentando que tendría unas prebendas mayores a las del régimen de prima media, situación que en la realidad no es verdad, pues es claro que la pensión en el régimen de ahorro individual será mucho menor a la que le correspondería en aplicación de lo establecido en la ley 100 de 1993, lo que derivó en su traslado inducido al error, por lo que la falta de consentimiento informado deviene en la ineficacia. Que ha solicitado directamente esta pero le fue negada.

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

- Que no le constan los hechos y deben probarse, así mismo, indicó que se opone a las pretensiones. Alegó que el demandante de manera libre y voluntaria suscribió el formulario de vinculación con la AFP Protección S.A. el 01 de febrero de 1997, momento donde se le brindó información, completa, clara y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de trasladarse del régimen pensional, así como las características de cada uno, por tanto, fue una explicación motivada y personalizada que partió del caso concreto de la potencial afiliado; informándole de las consecuencias legales y económicas del traslado.

- Se opuso a las pretensiones por cuanto no existe causal alguna que invalide la afiliación voluntaria efectuada por el demandante con la AFP Protección S.A., ya que, se cumplieron con todos los requisitos legales que establecía el legislador para dicha época, es decir, suministrar información clara y suficiente respecto de las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, asesoría que quedó plasmada en el formulario de vinculación. Esto es, no se configura una omisión en el deber de información que para la fecha dictaba el legislador, de igual forma, el demandante no suministra prueba alguna del error de hecho o de derecho que vicie el consentimiento, más allá de afirmarlo; contrariando los propios actos.

- Que en caso de que se ordene a Protección devolver a Colpensiones los aportes del demandante, los rendimientos generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor del demandante, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de mi representada, sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada

- Propuso las excepciones de: declaración libre y espontánea, buena fe, inexistencia de obligación de devolver cuotas de administración y seguro previsional, prescripción y genérica.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que admitía las fechas de nacimiento de la demandante. Respecto a los demás hechos expresó que no le constan o son circunstancias fácticas ajenas a la entidad, que deben ser demostradas.

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

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

- Considera que la decisión perseguida sería un perjuicio a la sostenibilidad económica del sistema pensional, por cuando el límite legal impuesto para retornar busca evitar la *descapitalización* del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la *equidad* en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido

a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros.

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

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

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., contra la Sentencia del 15 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en sentido estricto de la afiliación del señor LUIS ALBERTO CASTILLO ALVAREZ a la administradora de fondo de pensiones PROTECCION S.A, suscrita el 01 de febrero de 1997 por los motivos expuestos, En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad del demandante no surte efectos.

SEGUNDO: ORDENAR a la administradora de fondo de pensiones y cesantías Protección S.A, a devolver al régimen de prima media con prestación definida todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del código civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado en virtud al regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, así mismo asumir con su patrimonio los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubieren causado, estos en las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez por los gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 20 y 60 de la ley 100 de 1993 inclusive de manera indexada.

TERCERO: ORDENAR a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones a que una vez el fondo de pensiones Protección S.A de cumplimiento a lo aquí ordenado proceda a aceptar el traslado del demandante del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida

CUARTO: CONDENAR en costas a cada una de las entidades demandadas, fijar como agencias en derecho en favor de la parte demandante la suma de un SMLMV a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y Protección S.A y en favor del demandante.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que no está en discusión que el actor estuvo afiliado al régimen de prima media desde septiembre de 1992, que se trasladó al régimen de ahorro individual en febrero de 1997 a través de AFP PROTECCIÓN, donde permanece actualmente.

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

- Indicó que ese despacho sostiene una tesis positiva al problema jurídico, teniendo en cuenta que la demandada PROTECCIÓN S.A. no acreditó haber suministrado al demandante la información necesaria para lograr la mayor transparencia al momento del traslado entre regímenes, a través de elementos de juicios claros y objetivos para que pudiera escoger las mejores opciones del Sistema General de Seguridad Social en pensiones.

- Estudió la validez de la afiliación a los regímenes del sistema general de pensiones, a partir del análisis de las características del mismo dispuestas en el artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, con especial énfasis en los literales: a) relativo a la obligatoriedad de la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, b) que versa sobre la afiliación a uno u otro régimen pensional de forma libre y voluntaria, c) que consagra el derecho de los afiliados al reconocimiento y pago de las prestaciones, d) que estipula que la afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en la ley y e) en el cual según la modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 797 del año 2.003 se señala que el afiliado se puede pasar de un régimen a otro, siempre que haya permanecido como mínimo cinco años en el régimen del cual quiere trasladarse, y no podrá cambiar de régimen pensional cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le dé derecho a la pensión.

- Recordó los artículos 271 y 272 ibídem, en los que se establecen las consecuencias de atentar contra el derecho de afiliación de forma libre y voluntaria, se advierte que cuando se impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, esta quedara sin efecto y podrá realizarse nuevamente, y que el Sistema Integral de Seguridad Social no tendrá aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, siendo aplicables los principios del derecho laboral establecidos en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

- Expresó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto del traslado, por ello, el examen del acto del cambio de régimen pensional por transgresión del deber de información debe abordarse desde esa institución y no desde el régimen de las nulidades o la inexistencia, como se señala en las sentencias SL1689 y SL3464 del 2019, proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

- Señaló el deber de información que le asiste a las administradoras de fondos de pensiones como instituciones financieras privadas de carácter previsional, las cuales conforme al artículo 97 de la ley 100 de 1993, deben cumplir con ciertos requisitos para su creación y funcionamiento y según lo establecido en el Decreto 657 del 94, ello implica su vigilancia por parte de la superintendencia financiera en los términos del Estatuto orgánico del sistema financiero (Decreto 663 del 93), bajo ese supuesto tienen el deber de dar a conocer a los usuarios del sistema toda la información necesaria para que puedan decidir de manera libre y voluntaria su afiliación a alguno de los regímenes pensionales, deber que según la sentencia SL1453 del año 2019, tienen las AFP desde su creación y cuyo grado de intensidad se ha transformado con el paso del tiempo, de modo que corresponde a los jueces evaluar su cumplimiento en el momento histórico que debía cumplirse.

- Concluyó que de las características del sistema general de pensiones y del deber de información de las AFP, surge el principio fundamental del consentimiento libre e informado, sin embargo, si este carece de alguna de sus solemnidades,

contiene un vicio en su producción o se realizó sin una debida información o con ausencia de esta, será posible declarar la ineficacia de los efectos de la afiliación.

- Resaltó que las obligaciones de las AFP las deben cumplir como lo manda el artículo 1603 del Código Civil y que estas entidades tienen la carga probatoria de mostrar que informaron y orientaron adecuadamente a los afiliados sobre las ventajas y desventajas del traslado entre regímenes pensional, de acuerdo a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 18 de octubre del 2017, radicación 46292.

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

- Al descender al caso concreto, sostuvo que se observa que se aportó al plenario el formulario de vinculación al fondo de pensiones PROTECCIÓN SA. y de traslado entre regímenes pensionales, suscrito el 1 de febrero de 1997, el cual aceptan las partes fue diligenciado de forma libre y voluntaria por la demandante, y en el que se dejó plasmada dicha decisión con la leyenda allí preimpresa; lo que no se encuentra debidamente acreditado con el acervo probatorio allegado, es que PROTECCIÓN S.A. suministrara a la demandante la información necesaria y relevante que llevara consigo la migración del régimen pensional bajo postulados claros y objetivos, sin que se aportara ningún elemento probatorio adicional que permita verificar la información suministrada para la firma de dicho formulario.

- Resaltó que la viabilidad del retorno al RPMPD no depende de situaciones particulares como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencias C-789 de 2.002 y C-1024 de 2.004 porque conforme a la jurisprudencia actual la violación al deber de información puede darse si la persona tiene o no un derecho consolidado, es o no beneficiaria del régimen de transición, o está cerca o no de cumplir la edad para pensionarse. Ni se convalida por la permanencia en el régimen de ahorro individual o es susceptible de prescripción.

- Indicó que al no surtir efecto el traslado, esto conlleva al retorno al RPMPD en su estado original, por lo que se emiten las órdenes correspondientes para la devolución de todos los valores que hubiese recibido la pasiva y por el incumplimiento de información que le asistía, se le condena a asumir de su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, de conformidad con lo establecido en el artículo 96 del Código Civil y la sentencia SL 5686 del año 2021. Por lo anterior, no proceden las excepciones de mérito planteadas por las demandadas, entre las que se encuentra la prescripción, que no es aplicable al presente asunto en virtud a la sentencia SL1689 del año 2019 de la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada COLPENSIONES:

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

- Se opone respecto la declaración de ineficacia del traslado por cuanto es improcedente recibir al demandante por encontrarse en el límite legal para el retorno conforme la Ley 797 de 2003, dado que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para obtener pensión de vejez; que a la fecha del traslado, este goza de plena

validez por haber cumplido los requisitos de las normas vigentes para el momento y en ese momento no hubo intervención de COLPENSIONES para determinar la decisión del demandante, quien no tuvo interés en verificar la veracidad de lo informado y sus condiciones de afiliación, advirtiendo que cada régimen tiene características especiales que impiden recibir plenamente al actor y que no procedían las costas por su actuación en este asunto.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

5. ALEGATOS

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

• Demandada COLPENSIONES:

La apoderada judicial de la demandada COLPENSIONES solicita que se absuelva a su representada, argumentando que no tuvo ninguna intervención al momento de brindar información al demandante, quien de manera libre y voluntaria tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión; ya que en este momento tenía otras expectativas.

Que el reconocer la nulidad o ineficacia del traslado solicitada y trasladar la totalidad de los aportes a COLPENSIONES, atenta de igual forma contra la estabilidad del sistema pensional colombiano administrado por esta, pues al permitirsele dicho traslado al demandante después de vencida la oportunidad legal para ello (esto es, los 10 años), transgrede la finalidad constitucional del término establecido en la norma.

Que teniendo en cuenta lo anterior, no existen fundamentos de hecho o de derecho suficientes que permitan declarar la ineficacia o nulidad de traslado pretendida por el demandante y no basta la simple afirmación de “no haber recibido una debida información” al momento de realizarse el traslado.

Que se opone al pago de las costas a favor del demandante, por cuanto la pretensión principal no está llamada a prosperar y esa entidad ha actuado bajo el principio de la buena fe y su labor misional surge precisamente de la estricta aplicación de la Constitución, la Ley y el precedente jurisprudencial que permite conceder o negar prestaciones ajustadas a derecho.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado del señor LUIS ALBERTO CASTILLO ÁLVAREZ del RPMPD al RAIS realizado a través de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A.?

8. CONSIDERACIONES

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

Al respecto el A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que desde la creación de las A.F.P., estas tenían el deber de suministrar información suficiente a los usuarios y a sus afiliados para que al momento de solicitar la afiliación a dichas entidades existiera un consentimiento informado que fuera realmente libre y voluntario, lo que no se demuestra con la sola suscripción del formulario, por lo que en ausencia de prueba que demostrara que efectivamente se brindó la debida información al demandante, consideró que el traslado entre regímenes no surtió efecto, por lo que ordenó la devolución de los aportes que la actora hizo al RAIS, con sus frutos e intereses, debiendo asumir PROTECCIÓN S.A. las mermas que haya sufrido dicho capital.

Conclusión a la que se opone COLPENSIONES por estimar que existió la debida información al momento de llevar a cabo la afiliación inicial al régimen; que no hubo interés por parte de la accionante en verificar la veracidad de lo informado por el funcionario que le suministró los formatos para el cambio de afiliación y que su deseo de traslado obedece a situaciones que no tienen nada que ver con una indebida información. También señaló que la condena en costas es innecesaria al encontrarse esa entidad sujeta a lo normativamente instituido, no haber sido la determinante en el traslado del régimen y porque no proceden los traslados de régimen cuando faltan menos de 10 años para pensionarse.

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 la demandante que al suscribir el formulario con el cual se dio el traslado de régimen pensional, no recibió asesoría suficiente sobre los pormenores, beneficios, desventajas y consecuencias, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

Del expediente se puede evidenciar que la actora estuvo inicialmente afiliado al RPMPD desde noviembre de 1984, a la CAJA DE PREVISIÓN DEPARTAMENTAL DE TOLIMA, donde cotizó del 6 de noviembre de 1984 al 15 de enero de 1989 según CETIL y en CAJANAL de septiembre de 1992 a diciembre de 1994; que se trasladó el 1 de febrero de 1997 a la A.F.P. PROTECCIÓN mediante formulario No. 0474360, donde ha seguido cotizando desde entonces.

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

Como se explicó, no obra prueba alguna que dé cuenta si PROTECCIÓN S.A., brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para febrero de 1997 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía el referido con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo anterior, en su momento PROTECCIÓN S.A, no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, pero sobre el momento del traslado solo reposa en el plenario el formato de vinculación suscrito, que se corresponde con un modelo pre-impreso, del que no se infiere con certeza que fuera estudiada la situación pensional particular de la actora 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 LUIS ALBERTO CASTILLO ÁLVAREZ, donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

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

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento de la afiliada, 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 la indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales de los recursos de apelación de las demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debían enfocarse en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que para este caso le correspondía a PROTECCIÓN S.A., respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

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

Así lo ha expresado en diversos pronunciamientos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluye por ejemplo en providencia SL361 de 2019 que *“la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada”*; por lo que esta excepción no está llamada en prosperar.

Conviene precisar que, se acredita que antes del traslado a HORIZONTE S.A., la actora se encontraba en el RPM afiliada a una caja de previsión, pero no resulta viable determinar que con la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, sea nuevamente afiliado en dicha entidad.

Lo anterior, dado que según el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”* el Congreso de Colombia creó la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, como una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente; vinculada al Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto consiste en la administración estatal del RPM y a su vez, estableció que dicha entidad, asumiría los servicios de aseguramiento de pensiones de los afiliados al RPM, para lo cual determinó que el Gobierno en ejercicio de sus facultades constitucionales debería proceder a la liquidación de CAJANAL, CAPRECOM y el ISS en lo que a pensiones se refiere.

En esa línea, CAJANAL fue liquidada por parte del Gobierno Nacional, en virtud del Decreto 2196 de 2009 *“por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, se ordena su liquidación, se designa un liquidador y se dictan otras disposiciones”* el cual además, ordenó en el artículo 4, que el traslado de afiliados de la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, debería adelantarse a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social – ISS y por ende, cualquier afiliación derivada de las cajas de previsión se derivan por disposición legal a COLPENSIONES.

Más adelante, mediante a través del Decreto 169 de 2008 *“Por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones”* se determinó la supresión del ISS, hecho que llevó a COLPENSIONES a fungir como administrador del RPM, entre tanto, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, que fue creada por el artículo 156 de la misma Ley 1151 de 2007, le fue delegado el reconocimiento de derechos pensionales, a cargo de administradoras del RPM respecto de las cuales se hubiese decretado o se decrete su liquidación, que ya se hubiesen causados hasta la cesación de actividades como administradores, según lo detalla el Decreto 169 de 2008 *“Por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, y se armoniza el procedimiento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social”*; de manera que, la legitimación por pasiva solo podría dirigirse respecto de la única administradora del régimen de prima media autorizada actualmente para este efecto.

Si bien la demandada PROTECCIÓN no apeló y por ende no hay lugar a estudiar de fondo lo correspondiente a las restituciones mutuas, se recuerda que como esa entidad incumplió su deber de información, este hecho 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, lo que 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 1996 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.

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

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 15 de febrero de 2023; 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 \$250.000 a cargo de la demandada.

9. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 15 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 a cargo de la demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

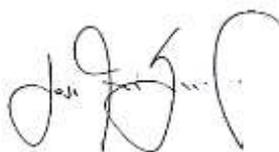
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belen Quintero G.

**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA**



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



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**

las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and strokes, positioned above a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado