



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: 54-001-31-05-002-2022-00045-01 P.T. No. 20.404

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE LUZ YAGNET CORTÉZ MEJÍA.

DEMANDADO: COLPENSIONES y OTRA.

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

DECISION: “**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha 14 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, **MODIFICANDO** el numeral primero en el sentido de declarar la ineficacia en lugar de la inexistencia, por ser el fundamento de las pretensiones, 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 de la 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:	54-001-31-05-002-2022-00045-01
RADICADO INTERNO:	20.404
DEMANDANTE:	LUZ YAGNET CORTEZ MEJÍA
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 14 de marzo 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

La señora LUZ YAGNET CORTEZ MEJÍA interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., solicitando que se declare ineficaz el acto por el cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., ordenando que se condene a la segunda transferir a la primera el ahorro de la cuenta individual, incluidos los intereses y/o rendimientos financieros, que se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización así como las sumas de dineros percibidas por concepto de gastos de administración y bonos pensionales, debidamente indexados o con sus rendimientos e intereses, por el período en que la demandante estuvo afiliada a esta administradora

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones que nació el 31 de diciembre de 1968 contando con 54 años de edad, estuvo afiliada del 1 de febrero al 30 de abril de 1994 al I.S.S. pero el 1 de mayo se trasladó al RAIS a través de formulario suscrito con PROTECCIÓN, indicando que recibió a los asesores quienes le ofrecieron este convenciéndola con manifestaciones como que el monto de su pensión sería más elevado, sin advertirle que generaría la pérdida de beneficios propios del RPM, los riesgos sobre el ahorro y no estuvo precedida la firma del formulario de la información precisa sobre los alcances de su decisión, siendo engañada en su buena fe, pues no tuvo los elementos de juicio necesarios para una decisión objetiva. Que ha solicitado su traslado de vuelta pero le ha sido negado.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que admitía las fechas de nacimiento y de afiliación 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 la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93, 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, cobro de lo no debido, legalidad de los actos administrativos, inoponibilidad de la responsabilidad de las AFP, inoponibilidad por ser terceros de buena fe, responsabilidad sui generis, juicio de proporcionalidad y ponderación, imposibilidad de costas, prescripción e innominada

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 la demandante optó por trasladar de régimen pensional a la AFP PROTECCIÓN S.A., 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 la demandante de manera libre y voluntaria decide vincularse al RAIS; afirmando que para la fecha de afiliación, se exponían con precisión las características de los regímenes pensionales que conforman el sistema general de pensiones 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.

- Se opuso a las pretensiones por cuanto la demandante de manera libre y voluntaria solicitó el traslado de régimen a la AFP PROTECCIÓN S.A., una vez los asesores les brindaron información respecto a los regímenes pensionales, solicitud

en la cual no obra constancia de situación anómala o constreñimiento; tampoco se evidencia en el libelo gestor que la demandante logre demostrar que mi representada indujo a la actora en vicios del consentimiento al momento de realizar la afiliación.

• Propuso las excepciones de: buena fe, inexistencia de obligación de devolver cuotas de administración y seguro previsional, prescripción y genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., contra la Sentencia del 14 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la inexistencia de la afiliación de la señora LUZ YAGNET CORTEZ MEJÍA a la administradora de fondos de pensiones Protección SA por los motivos expuestos, en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad no surtió efecto

SEGUNDO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección SA a devolver al régimen de prima media los valores que hubiere recibido como motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses como lo establece el artículo 1746 del código civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado en virtud de su regreso automático

TERCERO: ORDENAR a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES una vez Protección SA de cumplimiento de lo ordenado, proceda a aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida

CUARTO: CONDENAR a la administradora de pensiones PROTECCION SA a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado en caso de que se hubieren causado, esto es lo surgido en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez o los gastos de administración y demás conceptos dispuestos en el artículo 20 y 60 de la ley 100 del 93 en que hubiere incurrido los cuales deben ser asumidos por su propio patrimonio según el artículo 963 del código civil.

QUINTO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas, fijar como agencias en derecho en favor de la demandante la suma de 1SMMLV a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la 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 la actora estuvo afiliado al régimen de prima media desde febrero a abril de 1994, que se trasladó al régimen de ahorro individual en mayo de 1994 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.

- Señaló que al no haberse aportado el formulario de afiliación, era necesario estudiar las consecuencias jurídicas por la indebida afiliación pues tratándose el acto de traslado como un negocio jurídico, acorde a la providencia SL4360 de 2019, además de la ineficacia se reputaría la inexistencia como parte de las modalidades en sentido amplio de la ineficacia; un acto jurídico es inexistente cuando se ha celebrado sin uno de los elementos necesarios para su nacimiento y ello impide que produzca efectos desde ese mismo momento, mientras que es ineficaz en sentido estricto cuando existe pero no genera efectos.

- Por lo anterior, la inexistencia se produce cuando se celebra el acto de traslado sin las formalidades legales para su creación, que para este caso es el artículo 11 de decreto 692 de 1994 reglamentaria de la Ley 100 de 1993 que consagró los mecanismos y requisitos de afiliación, incluyendo la selección libre y voluntaria de régimen mediante la manifestación en un formulario que debe contener una serie de requisitos; que debe diligenciarse pues no se considera válida la afiliación si no se pueden verificar esos datos, incluyendo el conocimiento de que está cambiando de régimen y en este caso no se aportó el referido formulario, situación que en aplicación de la carga de la prueba debía ser expuesto por la AFP PROTECCIÓN y como no se hizo, es imposible entrar a verificar situaciones como la alegada falta de información. La aceptación en interrogatorio de parte de que se firmó, no es suficiente pues debe verificarse su contenido y si cumplía la normativa.

- 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 de la 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 a la 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 a la 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 la 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 de la 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 inexistencia del traslado de la señora LUZ YAGNET CORTEZ MEJÍA 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 de la señora LUZ YAGNET CORTEZ MEJÍA 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 inexistencia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el A Quo concluyó que al no haberse aportado el formulario de afiliación era improcedente analizar la ineficacia en sentido estricto por lo que al no demostrarse el requisito de nacimiento del acto de traslado pues lo adecuado es declarar la inexistencia del acto jurídico, consideró que el traslado entre regímenes no surtió efecto por esta razón, 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.

Ahora, de manera preliminar debe aclararse lo correspondiente a lo valorado por el *a quo* sobre las diferencias entre inexistencia e ineficacia, lo cual ha sido aclarado recientemente en providencias como SL610 de 2023 donde expone:

“no niega la Corte que en determinados casos el traslado pueda estar afectado o menguado en sus efectos por otras vicisitudes que lo golpean. Por ejemplo, cuando el afiliado no presta su consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo caso el asunto debe abordarse desde el campo de la inexistencia. Lo que quiere recalcar es que cuando la alegación sea la falta de información - lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez-, el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia.”

En esa medida, como 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, así debió haberse analizado; 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 febrero de 1994, al I.S.S. donde cotizó 10.43 semanas y desde mayo de 1994 se evidencian cotizaciones a PROTECCIÓN, sin que se evidenciara el acto por el cual se materializó el traslado a dicha entidad, donde se ha mantenido cotizando 1193.71 semanas hasta diciembre de 2021.

Se resalta que en el expediente no 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 la demandante, es decir, la señora LUZ YAGNET CORTEZ MEJÍA, 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 mayo de 1994 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 LUZ YAGNET CORTEZ MEJÍA, 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.

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 14 de marzo de 2023, pero siguiendo el lineamiento de la citada SL610 de 2023 se modificará el numeral primero en el sentido de declarar la ineficacia en lugar de la inexistencia, por ser el fundamento de las pretensiones; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a la demandada COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense 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 14 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, **MODIFICANDO** el numeral primero en el sentido de declarar la ineficacia en lugar de la inexistencia, por ser el fundamento de las pretensiones, 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 de la 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**

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
ACLARO VOTO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. A. S. M.', written in a cursive style.

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO



República de Colombia

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

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL n.º 540013105002 2022

00045 01

PI 20404

LUZ YAGNET CORTEZ MEJÍA contra **COLPENSIONES Y OTRO.**

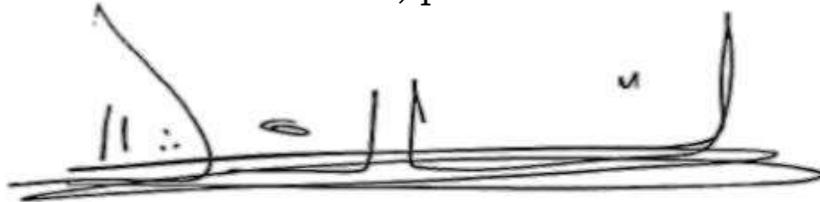
Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala, por las razones que a continuación explicaré:

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

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

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

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado