



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 once (11) de septiembre dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-003-2022-00009-01 P.T. No. 20505

NATURALEZA: ORDINARIO

DEMANDANTE GLORIA ISLEY MORA GÓMEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

FECHA PROVIDENCIA: CINCO (5) DE SEPTIEMBRE DE 2023.

DECISION: “**PRIMERO: Confirmar** la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2.022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia. **SEGUNDO: Condena en costas por la segunda instancia** a favor de la demandante; se fijan como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$250.000) a cargo de la demandada COLPENSIONES.”

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy once (11) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

**REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO**

El presente edicto se desfija hoy trece (13) de septiembre 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

Cúcuta, cinco (05) de septiembre de dos mil veintitrés (2.023)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2022-00009-01
RADICADO INTERNO:	20.505
DEMANDANTE:	GLORIA ISLEY MORA GOMEZ
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y 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 el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 16 de septiembre de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

La señora GLORIA ISLEY MORA GOMEZ interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PROTECCION, solicitando que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó el 01 de marzo de 2001 del RPMPD al RAIS, administrado por la AFP demandada, por la indebida y nula información que le suministro ese fondo privado para convencerla que se trasladara de régimen. Así mismo, solicita que se ordene a las demandadas realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen; como consecuencia, PROTECCION traslade al RPMPD la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual y COLPENSIONES la reciba sin solución de continuidad y cuando le sean entregados sus aportes, corrija y actualice su historia laboral. También pide que se declare que para todos los efectos su única afiliación válida fue la efectuada al RPMPD y que se condene en costas a las demandadas y en lo que se pruebe en extra y ultrapetita.

Como pretensiones subsidiarias solicitó que se declare que la AFP demandada debe reparar los perjuicios ocasionados por la indebida y nula información que suministró al momento del traslado efectuado y como indemnización por estos, se le condene a reconocerle la pensión de vejez en las mismas condiciones y circunstancias a que tenía derecho si se hubiese pensionado en el RPMPD, o a reconocer la diferencia entre el valor de la pensión por vejez que obtendría en el RAIS y la que le correspondería en el RPMPD, dineros que deben ser recibidos con cálculo actuarial o con la mesada pensional de forma vitalicia.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que nació el 01 de enero de 1.965, cumpliendo la edad mínima requerida dentro del RPMPD para acceder a la pensión de vejez, en el año 2.021.

- Que se afilió al RPMPD el 01 de febrero de 1.982, donde cotizó por medio de diversos empleadores un total de 248,57 semanas.
- Que el 01 de marzo de 2.001 se trasladó al RAIS mediante afiliación a PROTECCION, donde ha cotizado más de 1.074,14 semanas.
- Que a la fecha de presentación de la demanda había cotizado al Sistema General de Pensiones con los dos regímenes, más de 1.322,71 semanas.
- Que el 11 de noviembre de 2.021 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen y que procediera a afiliarla sin dilaciones, petición a la que le correspondió el radicado 2021_13530334.
- Que el 09 de diciembre de 2.021 elevó derecho de petición a PROTECCION SA, solicitando la nulidad del traslado de régimen. Que el día 15 de diciembre de 2.021 esa AFP le entregó la simulación de su pensión de vejez en el RAIS, la cual arrojó un valor de garantía de pensión mínima como mesada pensional a la edad de 57 años; en la misma fecha, le expidió la simulación de su pensión de vejez en el RPMPD, en la cual, de acuerdo a su historia laboral, el IBL del promedio de los últimos 10 años cotizados es de \$3.452.821 y al aplicar una tasa de reemplazo del 63.6 %, el valor de su mesada es \$2.195.986.

La demandada AFP PROTECCION al contestar la demanda a través de apoderada judicial, se opuso a las pretensiones de la parte actora y manifestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la demandante, las semanas que ha cotizado en el Sistema General de Pensiones, que presentó solicitud de nulidad del traslado de régimen ante esa entidad y que esa AFP le entregó la simulación de su pensión en ambos regímenes. Que los demás hechos no son ciertos o no le constan.
- Que el día 12 de enero de 2.001 la demandante suscribió formulario de vinculación con fecha de efectividad a partir del mes de marzo del mismo año, mediante el cual se afilió de manera libre, espontánea y sin presiones a esa AFP, de conformidad con el Decreto 692 de 1994 y previo a una asesoría clara, completa, veraz, suficiente y oportuna sobre las características de cada régimen pensional y sobre las consecuencias, beneficios y riesgos de trasladarse de régimen. Por lo que no existe causal que invalide la afiliación voluntaria de la demandante en el RAIS, ya que el traslado de régimen pensional se efectuó conforme a los parámetros legales que establecía el legislador para dicha época, lo que hace que en el presente caso no se configuren perjuicios. Que la demandante no suministra prueba alguna del error de hecho o de derecho que vicie el consentimiento, más allá de afirmarlo; contrariando los propios actos, al existir manifestación de voluntad expresa en la firma del formulario de afiliación, el cual se encuentra amparado por una presunción de legalidad.
- Que de declararse la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS, no es viable que esa AFP devuelva los gastos de administración, por tratarse de prestaciones ya acaecidas, pues no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual produjo unos rendimientos gracias a su buena gestión y en caso de que prospere tal pretensión, se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES.
- Que la demandante cuenta con 57 años, por lo que no sería posible efectuar el traslado de régimen normal y como para el 1° de abril de 1994 contaba con 29 años y menos de 750 semanas de cotización al Sistema de Seguridad Social, no es beneficiaria del régimen de transición.
- Propuso como excepciones de mérito: declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación con la AFP PROTECCIÓN SA; buena fe por parte de PROTECCIÓN SA; inexistencia de la obligación de devolver los gastos de administración; inexistencia de la

obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por afectación a terceros de buena fe; prescripción y la genérica.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al RPMPD y las semanas que cotizó al mismo, y que solicitó ante esa entidad el traslado de régimen. Respecto a los demás hechos manifestó que no le constan.
- Que rechaza las pretensiones de la demanda, argumentando que, a la fecha, el traslado efectuado al RAIS goza de plena validez, ya que el mismo se realizó en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen establecido en el artículo 13 literal B de la Ley 100/93, además se evidencia la manifestación libre y voluntaria de la demandante de permanecer en dicho régimen y a su vez, la validez del formulario de afiliación que perfeccionó tal voluntad. Resaltó que esa entidad no intervino al momento de brindar información a la demandante, simplemente acató su voluntad de trasladarse de régimen pensional conforme a la normatividad, por lo que pide no ser condenada en costas ni en intereses moratorios.
- Que la Corte también ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional, por lo cual, no puede predicar ausencia absoluta de información, cuando la ha recibido acerca del saldo en su cuenta de ahorro individual, de las modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones, y con todo esto, permanece un número de años considerables allí.
- Destacó que a pesar de que los fondos privados trasladen a COLPENSIONES la totalidad de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados, se atenta contra la estabilidad del sistema pensional colombiano, pues al permitírsele dicho traslado a la demandante después de vencida la oportunidad legal para ello, transgrede la finalidad constitucional del término establecido en la norma. Según la Corte Constitucional, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.
- Propuso las excepciones de mérito: Buena fe; inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir; prescripción; cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; no procede la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional en los casos en que la parte demandante se trate de una persona que ya se encuentre pensionada en el régimen de ahorro individual en cualquiera de sus modalidades y la genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES contra la Sentencia del 16 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora GLORIA ISLEY MORA GOMEZ la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN SA. En consecuencia, DECLARAR que, para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones recibidas de la demandante durante el tiempo que permaneció afiliada, así como aquellas sumas que percibió por conceptos de gastos de administración, comisiones, rendimientos financieros, Fondo de Garantía, la pensión mínima y seguro previsional, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexadas.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, que valide la afiliación de la demandante GLORIA ISLEY MORA GOMEZ, y como consecuencia de ello, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN SA, para financiar las prestaciones económicas a las que tenga derecho eventualmente la demandante en el RPMPD.

QUINTO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas.

SEXTO: CONSULTAR esta providencia a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que se debía establecer si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional realizado por la demandante desde el RPMPD al RAIS administrado por PROTECCIÓN SA y como consecuencia de ello, si hay lugar a condenar a esta última entidad a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del ahorro realizado por la demandante en la cuenta individual, incluyendo comisiones, gastos de administración, rendimientos financieros, intereses y descuentos realizados por el Fondo de Garantía mínima y seguro previsional.
- Que, conforme a las pruebas, el traslado de la demandante desde el RPMPD al RAIS se dio el 1.º de marzo del 2.001, época en la cual las Administradoras de Fondos de Pensiones tenían el deber de información necesaria de conformidad con lo establecido en el numeral 1.º del artículo 97 del Estatuto financiero, deber que de acuerdo a lo explicado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1688 del 2019, consiste en brindar una información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así es posible que estos adquieran un juicio claro y objetivo de las mejores opciones que tienen frente a su expectativa pensional.
- Que la demandada PROTECCIÓN SA tenía que demostrar que cumplió con la obligación de suministrar a la actora al momento de la solicitud del traslado, la información clara, suficiente y precisa sobre las consecuencias positivas y negativas de su decisión, de manera que pudiera acreditarse que al momento en que tomó la determinación de trasladarse, comprendió no únicamente los beneficios del RAIS, sino los riesgos que esto implicaba. Es decir, que tenía certeza sobre la incidencia que tendría su decisión en sus derechos prestacionales, no obstante, al examinar las pruebas allegadas al expediente, únicamente se observa que se allegó el formulario de solicitud de traslado número 5358470, mediante el cual la demandante se afilió a PROTECCIÓN en el RAIS y se produjo el traslado desde el RPMPD, pero tal documento no es suficiente para demostrar la validez del mismo, como ha sido explicado suficientemente por la jurisprudencia ahora.
- Que ante el incumplimiento del deber contemplado en el artículo 167 del Código General del proceso por parte de PROTECCIÓN SA al no aportar ninguna prueba que permitiera establecer que esa entidad realizó todas las actuaciones diligentes y suministró a la afiliada la información necesaria para que esta conociera de manera clara y suficiente las implicaciones del traslado de régimen pensional, se declara la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS; determinación que implica privar de todo efecto práctico el traslado bajo la dirección jurídica de que la actora siempre estuvo afiliada al RPMPD. Que la ineficacia del traslado tiene el carácter de imprescriptible

por corresponder a un hecho o estado jurídico, según ha sido explicado en la sentencia SL 1688 del 2019 y que ese despacho se acoge a la sentencia SL 2877 del 2020, sobre los efectos del traslado en cuanto a las excepciones de inexistencia de la obligación de devolver gastos de administración y seguro previsional.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada COLPENSIONES:

La apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando lo siguiente:

Que se logró demostrar la debida, comprensible y suficiente información al momento de llevarse a cabo la afiliación inicial al régimen por parte de la demandante y se evidencia que no hubo interés por su parte de verificar o indagar la veracidad de lo informado, como ella misma lo indicó en el interrogatorio de parte.

Que el principal inconformismo radica en que se considera la ineficacia pretendida, aun cuando el deseo del traslado de la demandante obedece a situaciones que no tienen nada que ver con una indebida o insuficiente información, pues este se direcciona a recibir un mejor monto pensional en COLPENSIONES, argumento que no es válido porque cada uno de los regímenes tiene sus normativas y cálculos diferentes.

Que COLPENSIONES se encontraba sujeta a lo que normativamente está instituido y no fue determinante en el traslado, tampoco proceden los traslados de régimen cuando faltan menos de 10 años para pensionarse, por lo que la condena en costas es innecesaria.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá en grado jurisdiccional de consulta, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del CPTSS, 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:

- **Parte Demandante:**

La apoderada judicial de la parte demandante solicita que se confirme la sentencia de primera instancia de acuerdo a la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y por considerar que la misma se encuentra ajustada a derecho.

Que el traslado se dio sin un consentimiento informado que efectivamente debe de estar presente ante una decisión tan trascendental para una persona, como es su futuro pensional. Que respecto a la falta de información hay importante jurisprudencia y en la misma línea por parte de la Corte Suprema de Justicia, fallos que datan del año 2008 y hasta el 2020, donde se ha venido ampliando y reiterando en debida forma, que la suscripción del formulario de afiliación por parte de afiliado, por sí solo no es prueba de que se realizó una debida asesoría.

- **Demandada COLPENSIONES:**

La apoderada judicial de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a su representada de los cargos formulados en su

contra, argumentando que los actos de la indebida información al momento de realizar el traslado del RPMPD al RAIS, son ajenos a su representada, pues ella sólo acató la voluntad de la demandante de trasladarse de régimen pensional, de conformidad con lo dispuesto en la normatividad vigente para la época.

Que, del elemento probatorio recaudado en el proceso en primera instancia, no se logra demostrar que la información suministrada al demandante por parte del fondo privado haya sido insuficiente, entendiéndose, que el acto por el cual se ejecutó el traslado de régimen conserva su validez y eficacia y por lo tanto no es procedente declarar la ineficacia del mismo

Que, el acto de afiliación al RAIS lo realizó la parte actora en forma libre y voluntaria, cumpliendo con los requisitos legales, además la carga de la prueba radica en cabeza de la parte demandante, y COLPENSIONES por vía de jurisprudencia no puede otorgar prestaciones económicas que no estén expresamente consagradas en la ley, razón por la cual negó el traslado en sede administrativa.

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 de la señora GLORIA ISLEY MORA GOMEZ del RPMPD al RAIS, realizado a través de la AFP PROTECCIÓN SA?, de ser procedente, ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?

8. CONSIDERACIONES

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora GLORIA ISLEY MORA GOMEZ 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 SA, o si por su ausencia, procede la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto la jueza a quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia, dado que la entidad demandada PROTECCIÓN SA como Administradora de Fondo de Pensiones del RAIS, tenía la obligación de demostrar que para el momento en que la demandante solicitó su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, le suministró información clara, suficiente y precisa sobre las consecuencias positivas y negativas de su decisión, que comprendiera no únicamente los beneficios sino los riesgos que este implicaba. Sin embargo, únicamente aportó el formulario de solicitud de traslado, pero tal documento no es suficiente para demostrar la validez del mismo, como se ha explicado suficientemente por la jurisprudencia.

A esta conclusión se opuso COLPENSIONES por estimar que se logró demostrar la debida, comprensible y suficiente información al momento de llevarse a cabo la afiliación inicial al régimen por parte de la demandante y que su deseo de traslado obedece a recibir un mejor monto pensional, argumento que no es válido, además esa administradora no fue determinante en el traslado.

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 AFP PROTECCION SA; 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 proyecciones de pensiones en ambos regímenes, 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.

La demandante manifestó que se trasladó del RPMPD al RAIS el 01 de marzo de 2.001, mediante afiliación a la AFP PROTECCIÓN, lo que no estuvo precedido de la

suficiente ilustración. También indicó que en los meses de noviembre y diciembre de 2.021 solicitó a las demandadas la nulidad del traslado de régimen.

De las pruebas documentales allegadas al proceso, entre las que se encuentran historias laborales, certificado SIAFP y el formulario de vinculación a la Administradora de Fondos de Pensiones que hace parte de la pasiva, se puede evidenciar que la demandante estuvo inicialmente afiliada al RPMPD mediante el I.S.S. (hoy COLPENSIONES) y el 12 de enero de 2.001 solicitó traslado de régimen a través de PROTECCIÓN SA, lo que se hizo efectivo el 1. ° de marzo de 2.001, encontrándose con afiliación activa al momento de presentar la demanda con esa AFP.

Se resalta que el traslado de régimen pensional se dio con el diligenciamiento del formulario de solicitud de vinculación a PROTECCIÓN SA N° 5358470, de fecha 12 de enero de 2.001, que fue suscrito por la demandante y no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido en ese momento; es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en la demandante, es decir, la señora GLORIA ISLEY MORA GOMEZ, 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 SA brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para enero de 2.001 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV) debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo anterior, en su momento PROTECCION SA, 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 GLORIA ISLEY MORA GOMEZ, 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 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 el argumento inicial del recurso de apelación es desestimado, pues para enervar la decisión se debía enfocar en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que para este caso le correspondía a PROTECCION SA, 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.

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta de la actora, se ha concluido que PROTECCION SA incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el año 2.001, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral, donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de

prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que PORVENIR S.A. y PORVENIR S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar **los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.**”*

Por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, se deben devolver completamente todas las prestaciones recibidas del afiliado, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de COLPENSIONES. Los cuáles están en custodia de la Administradora y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

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

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

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

Con todo, se concluye sin mayor elucubración que, existe la obligatoriedad de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que, desde su creación fue ineficaz, por lo cual, es claro para esta Sala de Decisión a partir de lo expuesto, que la ineficacia del traslado genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y estas deben ser cubiertas por el receptor de las mismas en el momento que duró cada afiliación.

Ahora bien, respecto de los demás argumentos de los apelantes sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”

De lo anterior se desprende, que por los efectos ex tunc de la declaratoria de ineficacia, PROTECCION está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Lo anterior, además, 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 2.001 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 parte de la actora pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por la Jueza Tercera Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 16 de septiembre de 2.022. Se condenará en costas de segunda instancia a la demandada COLPENSIONES al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$250.000) a favor de la demandante.

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 16 de septiembre de 2.022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Condena en costas por la segunda instancia a favor de la demandante; se fijan como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$250.000) a cargo de la demandada COLPENSIONES.

Tercero: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belen Quintero G.

**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'David A. J. Correa Steer', written over a horizontal line.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'José Andrés Serrano Mendoza', written over a horizontal line.

**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 540013105003 2022
00009 01
PI 20505**

**GLORIA ISLEY MORA GÓMEZ contra COLPENSIONES Y
OTRO.**

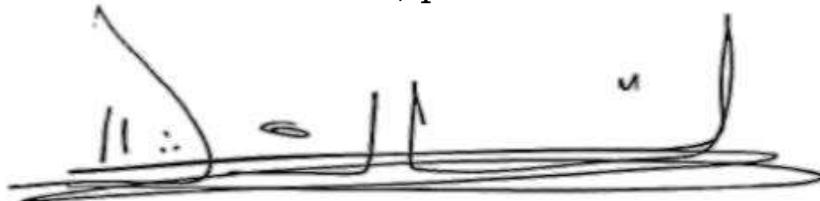
Con el acostumbrado respeto, aclaro el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala, por las razones que a continuación explicaré:

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

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

30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

En los anteriores términos, presento mi aclaración de voto,

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

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado