

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR

SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

SENTENCIA LABORAL

18 de abril de 2022

Aprobado mediante acta N° 0036 del 18 de abril de 2022

20-001-31-05-002-2019-00256-01 Proceso ordinario laboral promovido por MARTHA CECILIA OJEDA PEREZ contra COLFONDOS S.A. Y OTRO.

1. OBJETO DE LA SALA.

En aplicación del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en su artículo 15, la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, Cesar, integrada por los Magistrados ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ, JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ (IMPEDIDO) y JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH quien la preside como ponente, procede a decidir sobre la consulta ordenada de la sentencia proferida el 24 de junio de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso de la referencia.

2. ANTECEDENTES.

2.1. DEMANDA Y CONTESTACIÓN

2.2. HECHOS

2.2.1 La señora MARTHA CECILIA OJEDA PEREZ nació el día 12 de mayo de 1964 y empezó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida como trabajadora dependiente de la Unidad Integral de Servicio de Comfasesar sede

Codazzi, desde el 19 de diciembre de 1996, dichos aportes se realizaron al antiguo I.S.S., hoy COLPENSIONES.

2.2.2 La señora MARTHA CECILIA OJEDA PEREZ, el día 16 de marzo de 2001 se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado en su momento por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "ISS", hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS.

2.2.3 El asesor comercial de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, diligenció el formulario para el traslado de la actora, sin brindarle información completa y comprensible con el fin de ilustrarla sobre las ventajas y desventajas que le ocasionaría dejar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, además no informó a la señora MARTHA CECILIA OJEDA PEREZ, sobre el monto de capital de aportes a pensión que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a la pensión de vejez y de igual forma, jamás le suministró información alguna a la actora, sobre la proyección del monto de la mesada pensional por vejez que podría obtener en el Régimen de Prima Media frente a la que podría obtener en el Régimen de Ahorro Individual ni las variables que afectan la liquidación de una mesada pensional en el RAIS.

2.2.4 Todas las irregularidades presentadas al momento del traslado de régimen pensional realizado por la señora MARTHA CECILIA OJEDA PEREZ por la falta de información de parte de COLFONDOS S.A., indujo a la actora al error al momento de tomar la decisión de trasladarse al RAIS, la actora asegura que ningún funcionario de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, ni mucho menos el asesor que firmó el formulario de traslado, le explicó los pormenores de su traslado, ello se traduce en que fue asaltada de su buena fe e ignorancia, cabe resaltar que la actora no tuvo opción de escoger otro formulario de afiliación y convencida que con este fondo tendría los mismos beneficios y derechos al momento de pensionarse y por falta de información o asesoría de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, quienes tenían la obligación de explicarle a través de un asesor las diferentes alternativas que pudiera tener, las ventajas y desventajas de su traslado de régimen pensional, respecto a los dos regímenes pensionales existentes en nuestro país, para poder tomar la decisión que más le favorecía.

2.2.5 La señora MARTHA CECILIA OJEDA PEREZ, radico ante COLPENSIONES el día 05 de Agosto de 2019, escrito solicitando se tuviera como única afiliación valida la efectuada a COLPENSIONES al no haber existido información sobre el traslado y como respuesta a los solicitado, mediante oficio del 13 de agosto de 2019, respondieron que " ... *no es procedente anular la afiliación por cuanto la solicitud de afiliación traslado fue realizada de manera directa y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen ...* ". hecho este totalmente falso.

2.2.6 La señora MARTHA CECILIA OJEDA PEREZ, radico ante COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS, el día 05 de Agosto de 2019, escrito solicitando la Nulidad e ineficacia del acta de afiliación a ese fondo de pensiones y su regreso al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, el cual contestaron mediante oficio del 29 de agosto de 2019, manifestó que " ... *se puede concluir que nuestro asesor explico las condiciones propias de este producto las cuales la señora MARTHA CECILIA manifestó entender y aceptar las suscribir libre y voluntariamente el formulario de afiliación ...* "

2.3. PRETENSIONES.

2.3.1 Que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el I S S , hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS., realizado por la señora MARTHA CECILIA OJEDA PEREZ el 16 de marzo de 2001.

2.3.2 Que se declare que a la señora MARTHA CECILIA OJEDA PEREZ, al momento del traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, los agentes o promotores de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, nunca le proporcionaron una información completa y comprensible sobre las consecuencias negativas de su traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual.

2.3.3 Que se declare que la señora MARTHA CECILIA OJEDA PEREZ, conforme a lo declaración de nulidad de la vinculación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (ante los diferentes fondos privados), trae como consecuencia su regreso automático al Régimen de Prima Media, hoy administrado por COLPENSIONES.

2.3.4 Que se declare que la única afiliación valida al régimen de pensiones que ha tenido la señora MARTHA CECILIA OJEDA PEREZ, ha sido la efectuado al régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES.

2.3.5 Que se declare que conforme a la conducta omisiva de brindar información y asesoría de la administradora del fondo privado COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y que llevó a lo nulidad de la vinculación y traslado de la señora MARTHA CECILIA OJEDA PEREZ a ese régimen, deben asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, la merma sufrida en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez.

2.3.6 Que se declare que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, debe devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación indebida de la señora MARTHA CECILIA OJEDA PEREZ, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumos adicionales de la aseguradora. Con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

2.3.7 Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, el capital acumulado en la cuenta individual de la señora MARTHA CECILIA OJEDA PEREZ, con todos sus frutos e intereses, incluyendo cotizaciones obligatorias, cotizaciones voluntarias y rendimientos financieros.

2.3.8 Que se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, que reciba de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS todo el capital acumulado en la cuenta individual de ahorro pensional de la señora MARTHA CECILIA OJEDA PEREZ, con sus respectivos intereses de acuerdo a la rentabilidad obtenida al momento del traslado.

2.4 CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

La demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones consignadas en el escrito de demanda por considerar que carece de fundamentos de orden legal y fáctico en contra de COLPENSIONES, conforme a lo dispuesto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que indicó: "(...) Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez".

Aunado a lo precedido es necesario aclarar que el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de forma libre y voluntaria, produce la pérdida del

régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1933, conforme a la misma normatividad que declara que *"Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen"* Por lo anterior, es evidente que la decisión de acogerse al régimen de ahorro individual, por parte de la demandante, le ha hecho perder los beneficios del régimen de transición, conforme al artículo 36 de la Ley 100.

Además de lo anterior, de acuerdo con el Concepto 2008026873-01 del 11 de agosto de 2008, modificadorio de la Circular Externa 007 de 1006 (Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia), estableció que la validación de los requisitos de cumplimiento de traslado de régimen debía ser efectuada por la Administradora del Fondo Privado a la que se encuentre afiliado el ciudadano, por lo tanto, la aprobación o rechazo del mencionado traslado lo determinara dicha entidad, no Colpensiones.

En este sentido es preciso señalar que al demandante le falta menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, incumpliendo así el requisito para poder acceder al traslado pretendido.

De acuerdo con las jurisprudencias Sentencia SU 130 del 13 de marzo de 2013 y Sentencia T-168/09 de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta las reglas para el traslado pretendido, se evidencia que la parte demandante no cumple con los requisitos exigidos, toda vez que no cuenta con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, es decir, al 1º de abril de 1994, condición indispensable para efectuar dicho traslado.

Es preciso argumentar que se encuentra en frente de la configuración de una falta de legitimación en la causa por pasiva puesto que Colpensiones no es responsable de la validación de los requisitos requeridos de cumplimiento para el traslado del régimen, es decir, que la aprobación o rechazo del traslado lo determina la Administradora de Fondo de Pensiones a la que se encuentra actualmente afiliado el demandante

En el régimen de prima media con prestación definida, se garantiza el reconocimiento y pago de una prestación económica preestablecida, siempre y cuando se cumplan los requisitos de edad y densidad de semanas requeridas para

tal efecto, por ello, es necesario que los aportes que son trasladados del RAIS al RPMPD, cuando se declare la nulidad de un traslado por parte de los despachos judiciales, ellos estén debidamente indexados, para que puedan contribuir al financiamiento de la prestación económica a cargo de la entidad administradora del mismo, garantizando el principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional (Art4 Ley 516 de 1999 y Art. 3 del Código Iberoamericano de Seguridad Social).

Por último, la eventual afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media y el traslado de los aportes al régimen en mención, dependen de la decisión favorable que previamente obtenga la parte accionante respecto de la pretensión de declaratoria de nulidad de la afiliación y traslado realizados al Régimen de Ahorro Individual.

En el presente caso se puede determinar que el asunto que contrae esta Litis son los supuestos errores atribuidos a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS, más no se le imputa omisión o yerro a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Propone las excepciones de mérito de: *"Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe"*

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

La demandada atendiendo las disposiciones y postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral y al no existir prueba documental que acredite que a la señora MARTHA CECILIA OJEDA PÉREZ se le explicó las ventajas, desventajas, requisitos para pensionarse y la viabilidad del traslado se allana a las pretensiones de declarar la nulidad de la afiliación y traslado a Colfondos.

El artículo 13 de la ley 100 de 1993 establece en el literal b "La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntario por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

La demandante, firmó el formulario de afiliación al fondo de pensiones COLFONDOS dando así por entendido que recibió la información necesaria para llevar a cabo el traslado a esta administradora de acuerdo con los procedimientos internos de la compañía Colfondos S.A, todos los asesores comerciales que trabajan para COLFONDOS están capacitados y cuentan con toda la información

necesaria para realizar afiliaciones, dentro de la labor comercial, los asesores encuentran en el mercado personas que solicitan información del sistema de seguridad social en pensiones administrado por Colfondos y en el momento en que el afiliado manifiesta su interés de trasladarse de régimen, el asesor revisa y analiza la situación particular de cada persona, específicamente en cuanto a la edad, tiempo de servicio o semanas de cotización, régimen pensional donde está afiliado, de esta manera, dependiendo la situación se le suministra la información indicándole las ventajas, desventajas, requisitos para pensionarse y la viabilidad del traslado COLFONDOS no engaña a los afiliados ofreciéndoles beneficios que no están en la ley, lo CIERTO es que Colfondos tiene como política y deber legal explicarles a sus clientes o posibles afiliados las condiciones y modalidades pensionales del régimen de ahorro individual, si el afiliado decide trasladarse de régimen pensional, el asesor le indica el trámite a seguir respetando siempre la manifestación de la voluntad del afiliado aceptando las condiciones generales del régimen de ahorro individual (RAIS) mediante la firma del formulario de vinculación.

A la demandante señora MARTHA CECILIA OJEDA PÉREZ se le explicó y se le asesoró sobre las consecuencias de afiliarse en el régimen de ahorro individual y las modalidades pensionales del RPM.

Propone las excepciones de mérito de: *"Buena fe y no procedencia de condenas en costas"*

2.5 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Se declaró la ineficacia del traslado que MARTHA CECILIA OJEDA PEREZ, identificada con c.c. 34.984.724 hizo del Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, a COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a la parte motiva, en consecuencia, COLFONDOS S.A., en virtud de la conservación del RPMPD, hoy ADMINISTRADO COLPENSIONES, devolverá todos los valores que hubiere recibido o recaudado con motivo de la afiliación del actor que se declaró ineficaz, como cotizaciones, cuotas de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos que se hubieren causado o cualquier otro, especificando a que semanas corresponde los valores pagados y estas sumas deberán ser indexadas.

Las excepciones quedan resueltas conforme lo expuesto en la sentencia.

2.6. PROBLEMA JURÍDICO ABORDADO POR EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA.

"Es ineficaz el traslado de MARIA CECILIA OJEDA PEREZ, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el antes ISS, hoy COLPENSIONES, al Régimen de ahorro individual con Solidaridad, administrado por COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS" En caso afirmativo "Procede ordenar a COLFONDOS SA, el traslado de los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses y cualquier suma que hubiese recibido, con destino a COLPENSIONES"

Menciona el juzgado que la ley 100 de 1993, estableció en Colombia un modelo dual en el sistema general de pensiones, donde coexisten dos regímenes, el primero, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS–, administrado por los fondos privados de Pensiones, y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD– administrado por el antes Instituto de los Seguros Sociales, liquidado en el 2012, lo asumió la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, amén de los regímenes especiales para las fuerzas militares, la policía y el magisterio y sobre el punto central, se tienen, que el afiliado tiene libertad de escoger el régimen de pensiones, con la posibilidad de trasladarse de régimen, literal e del artículo 2 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la ley 100.

¿Desde cuándo existe el deber de información y asesoría a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)?; Para responder el interrogante, se tendrá en cuenta la necesidad de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debió cumplirse, sin perder de vista, que esta exigencia siempre ha existido; en nuestro caso, las partes admitieron el traslado desde el 16 de marzo de 2011, a fl 122 y 123 obra constancia de afiliación y formulario de vinculación a partir del 1 de mayo de esa anualidad.

De manera de conclusión el juzgado resalta (i) desde su creación, las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) la simple afirmación en un formato pre impreso e haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria no es suficiente para la validez del acto; (iii) la carga de la prueba se invierte en favor del demandante *que no recibió la información debida cuando se afilió*, y (iv) no se restringe el alcance de la jurisprudencia de la Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato y bajo el marco jurisprudencial, resta revisar el caudal probatorio allegado, para determinar si el traslado de MARTHA CECILIA OJEDA PEREZ, con destino a COLFONDOS SA, fue realizado respetando los requisitos y criterios establecidos en la legislación para su validez y en el caso de marras, consta a fls 12, que MARTHA CECILIA OJEDA PEREZ se afilió en pensiones al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, ISS, el 19 de diciembre de 1996 que administra el RPMPD, trasladándose al RAIS administrado por

COLFONDOS SA. 16 de marzo de 2011. fl 13. Esta gestora, tenía la obligación legal de informar de forma clara, comprensible y suficiente para una persona del común, como lo es la actora, los por menores que conllevaban el traslado, de modo que pudiera establecer las consecuencias favorables y desfavorables que en realidad acarrearía su decisión de cambio de régimen, lo que no se acreditó por ningún medio de prueba, del formulario de afiliación exhibido solo se extrae que existe una manifestación preimpresa, no espontánea, de trasladarse libre y voluntariamente, pero ello no es suficiente para concluir que se suministró un conocimiento informado, ni se subsana alegando que para la época no existía dicha obligación legal, pues, como se analizó, desde el inicio corresponde a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, por lo tanto, al no demostrarse la correcta y transparente asesoría por parte del fondo sobre las ventajas y desventajas de esa afiliación al RAIS, es claro que la afiliada desconocía la incidencia que dicho traslado podía tener frente a sus derechos prestacionales y no alcanzaba argüirse que existiera una manifestación libre, voluntaria y, por ende, es ineficaz, ante la insuficiencia de la información.

Para el juzgado la declaratoria de ineficacia, implica privar de todo efecto jurídico práctico al traslado que realizó el actor llevado por COLFONDOS SA., como si no se hubiera dado, o, más bien, declarar que siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrada por la hoy COLPENSIONES, consecuencia de ello, es la ineficacia desde el momento del traslado de manera insanable, por lo que declaró la ineficacia del traslado a COLFONDOS SA., implica que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la afiliación ilegal, que es la afiliación al RPMPD, y como consecuencia natural la gestora privada devolverá a COLPENSIONES, sin excepción, todos los valores que hubiere recibido como causa de la afiliación ineficaz o cotizaciones de la demandante, como si esta nunca hubiere salido del sistema público pensional, tales por vía de ejemplo: cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, cuotas de administración, frutos, intereses o cualquier otra suma, artículo 1746 del C.C., inclusive los rendimientos que se hubieren causado, debidamente indexados.

2.7 CONSULTA.

Se avizora que el proceso en cuestión llegó a esta colegiatura en el grado jurisdiccional de consulta para la respectiva revisión y así proteger los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores esto por si se llegaron a cometer errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia.

2.8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

De Mediante auto del 1° de marzo de los corrientes, notificado mediante Estado 031 del 2 de marzo siguiente, en cumplimiento del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado común a las partes para que presentaran alegatos de conclusión habida cuenta que el proceso viene en el grado jurisdiccional de consulta, haciendo uso de este derecho la demandante de acuerdo a la constancia secretarial del 15 de marzo de 2022.

MARTHA CECILIA OJEDA PEREZ

Quedó demostrado que a la actora los asesores de lo AFP COLFONDOS no le brindaron información necesaria, comprensible y totalmente clara a fin de tomar la mejor decisión para su futuro pensional, pues de haber sido así jamás hubiera firmado el formulario pre-impreso donde autorizaba su traslado del Régimen de Prima Media administrado antiguamente por el ISS hoy COLPENSIONES el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS, pues evidentemente su mesada pensional no es igual o lo que hubiera podido recibir si no se hubiera trasladado de régimen bajo engaños de una expectativa, de pensión en las mismas condiciones que el antiguo ISS.

La AFP COLFONDOS violó con su actuar irresponsable el Decreto 692 de 1994, el Decreto 1161 de 1994, y el Decreto 3995 de 2008. Queda claro que en el presente caso no se dio cumplimiento al decreto 1161 de 1994, artículo 3 inciso 6 que ordena cuando las administradoras efectúen procesos de promoción, deberán informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse de que trata el presente artículo.

Si bien se evidencia que la demandante firmó los formularios de afiliación a la AFP lo hizo sin información de un asesor a fin de tomar una decisión tan trascendental como lo era, el traslado de régimen pensional y afiliación a la AFP a la que se iba a afiliarse y por ende su futuro pensional, en la afiliación hoy vicios de consentimiento se aprovecharon de la ignorancia y desconocimiento total de los potenciales afiliados que no tenían conocimiento alguno sobre los alcances de la afiliación que se efectuó.

De conformidad con lo esbozado, es evidente que la actora fue víctima de un actuar irresponsable de personas que solo pretendían satisfacer sus propios intereses económicos quienes se aprovecharon del desconocimiento total que la actora tenía respecto del alcance real de la afiliación que efectuó.

Se debe señalar que el asesor de COLFONDOS S.A. con el afán de obtener afiliados ni siquiera informo los pros y los contras de un traslado; ni reviso el número de semanas que llevaba cotizadas la actora.

3. CONSIDERACIONES.

Preliminarmente debe expresarse que, verificado el expediente, se tiene que la primera instancia lo remitió con el fin de que se resolviera la consulta de sentencia ante lo cual se desata al fallador de segunda instancia, otorgándole la potestad de revisar la sentencia en su integralidad dado el interés público sobre los resultados del proceso.

Por otro lado, se expresa que los presupuestos procesales se encuentran satisfechos, situación que permite proferir una decisión de fondo. Además, no se evidencia causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

3.1. COMPETENCIA.

Se conoce del proceso con el objeto de surtir el grado jurisdiccional de consulta conforme lo establece el artículo 15 literal B numeral 3 del C.P. del T. y S.S.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico para abordar por esta sala es el siguiente:

¿Debe declararse la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la demandante, por no haberse acreditado que en el acto de afiliación se le brindó información suficiente, clara y veraz sobre las implicaciones de los regímenes pensionales existentes?

Los insumos que se tendrán en cuenta para resolver el problema jurídico son los siguientes:

3.3. FUNDAMENTO NORMATIVO.

3.3.1 DECRETO 663 DE 1999

ARTÍCULO 97; modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, impone a las AFP la obligación de suministrar a los usuarios la información necesaria, a través de elementos de juicio claros y objetivos que les permitan escoger las mejores opciones del mercado.

"1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.

En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que estas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios."

3.3.2 DECRETO 656 DE 1994

ARTÍCULO 18:

*"Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados **deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses**"*

3.4. FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL.

3.4.1 JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL

3.4.1.1 Unificación de jurisprudencia sobre traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en el caso de beneficiarios del régimen de transición (Corte Constitucional, sentencia SU 130 de 2013, MP Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO)

"Todos los usuarios del SGP, incluidos los sujetos del régimen de transición, bien por edad o por tiempo de servicios, pueden elegir libremente entre el régimen de prima media o el régimen de ahorro individual, conservando la posibilidad de trasladarse entre uno y otro, en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, tal como fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es decir, cada cinco años contados a partir de la selección inicial y siempre que no les falte menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Sin embargo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición, en los términos de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004. Para tales efectos, la única condición será trasladar al régimen de prima media todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en aquel régimen "

"Con el propósito de aclarar y unificar la jurisprudencia Constitucional, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse "en cualquier tiempo" del

régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición”.

3.4.1.2 Traslado de régimen pensional cuando al afiliado le faltaren diez años o menos para cumplir edad (Corte Constitucional, sentencia SU 130 de 2013, MP Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO)

“En el caso de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, tuvieran treinta y cinco (35) años o más si son mujeres, o cuarenta (40) años o más si son hombres, éstas pueden trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, salvo que les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, evento en el cual no podrán ya trasladarse. En todo caso, de ser viable dicho traslado o haberse efectuado el mismo al momento de proferirse la presente providencia, ello no da lugar, bajo ninguna circunstancia, a recuperar el régimen de transición.”

3.4.2 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

3.4.2.1 Prescripción de la acción rescisoria del acto o contrato en materia pensional (Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, SL 5470, sentencia de 30 de abril de 2014, radicación 43892, MP Dr. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ)

*“Lo cierto es que esa normatividad le creó una expectativa legítima respecto del régimen de transición que le permitía acceder al derecho especial, con las exigencias en ella previstas, lo cual es susceptible de protección y no podría ser desconocido por el legislador, porque tal entendimiento resultaría regresivo y contrariaría el ordenamiento superior, concretamente los principios consagrados en el artículo 48 de la Carta que entroniza a la seguridad social **como un derecho irrenunciable** y tiene en el principio de progresividad uno de sus báculos.”*

3.4.2.2 El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensión conforme a las reglas civiles y comerciales (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL-19447, sentencia del 27 de septiembre de 2017 MP Dra. GERARDO BOTERO ZULUAGA)

“(…) Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la

evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

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

3.4.2.3 Sobre la manifestación libre y voluntaria (Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, SL17595-2017, sentencia de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, MP Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA)

“Aquí y ahora, se recuerda que no es dable argüir que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.”

3.4.2.4 Ineficacia del traslado pensional implica que desde su nacimiento el acto jurídico carece de efecto alguno, esto, sin declaración judicial. La declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible. (Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, SL1689-2019, sentencia de 8 de mayo de 2019, radicación 65791, MP Dr. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.)

PENSIONES « AFILIACIÓN » TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL » INEFICACIA - La ineficacia del traslado pensional se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial, por lo que la sentencia que la declara lo que hace es comprobar un estado de cosas que surgen antes de la litis. Tesis: «Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de “ineficacia”, en la medida que esa consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque, desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con

anterioridad al inicio de la Litis». **PROCEDIMIENTO LABORAL» PRESCRIPCIÓN» ACCIONES PENSIONALES** - La declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por tanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social -la prescripción no es de aplicación automática”

3.4.2.5 El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensión (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad No.5462 sentencia del 10 de diciembre de 2019 MP Dra ANA MARIA MUÑOZ SEGURA)

“Como punto de partida, es necesario poner de presente que las administradoras de pensiones, como las instituciones expertas encargadas del manejo de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, tienen un deber a su cargo, instituido por la ley, de brindar información clara y suficiente a sus afiliados, entre otros asuntos, en lo concerniente al cambio o traslado de un vinculado de un régimen pensional a otro. “La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Es así como existe, en cabeza de dichas entidades, la obligación de informar de manera clara, idónea y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que implica para el afiliado vincularse o trasladarse de un régimen de pensiones a otro.

(...) Por ello, se reitera, que es imprescindible el cabal cumplimiento de este deber, pues de lo contrario, podría derivar en afectaciones de gran envergadura para aquellos que participan en el régimen de pensiones como vinculados.

Debe resaltarse que el derecho de información a cargo de las administradoras existe desde la creación del sistema de seguridad social actual, en virtud de la Ley 100 de 1993. Lo anterior es resaltado por la Sala, en sentencia CSJ SL1688-2019, quien hace un recuento sobre la evolución normativa de dicho deber. En la providencia, se concluye que el deber de información es ineludible, por lo que debe ser observado con el mayor rigor por parte de los jueces de instancia.

(...)

Se encuentra acreditada la ineficacia del traslado de régimen pensional del afiliado lo cual trae como consecuencias retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, la recuperación del régimen de transición y que el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad deba devolver al sistema los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración.”

3.4.2.6 La existencia de documentos suscritos por el afiliado, no es plena prueba de haber suministrado información suficiente. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, SL373-2021, Rad No.84475, sentencia del 10 de febrero de 2021; MP Dra. CLARA CECILIA DUENAS QUEVEDO)

“De entrada, anticipa la Sala que el recurrente tiene razón en su argumento, puesto que las documentales referidas no dan cuenta que la AFP hubiese cumplido con su obligación de suministrar información necesaria y transparente en la forma en que lo ha entendido la jurisprudencia. En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019.

la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado». En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de 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». Según esta Sala, «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» (CSJ SL1452-2019).

En este asunto, la información de la documental de folios 124 a 126, únicamente se centra en la situación actual y potencial de Cárdenas Gil en el RAIS, sin referirla o contrastarla con las ventajas que ofrecía el sistema público alterno, administrado por Colpensiones, incluido el régimen de transición del que era beneficiario. En efecto, el formato de reasesoría contiene unas preguntas de selección múltiples, en las que el afiliado tiene la opción de marcar la afirmación o respuesta que considera correcta. Las preguntas tienen que ver con su edad, salario, años de servicio, si tiene bono emitido, el motivo por el que solicitó reasesoría, el canal de atención, el resultado del cálculo y la decisión del afiliado. De este formulario, no es dable deducir que el demandante recibió información clara, precisa y oportuna respecto a su situación actual y futura comparada con la que tendría en el régimen de prima media con prestación de definida ni de las ventajas del régimen de transición que lo cobijaba. En cuanto al formulario de afiliación y su anexo, no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contienen datos que el afiliado le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios. El anexo es un cuestionario a diligenciar por el afiliado, en el que se le pregunta genéricamente si fue informado y asesorado por el Ejecutivo Comercial de la AFP y si desea estar vinculado a Protección S.A. El formato solo permite dar respuesta en términos de SI o NO, sin más detalles. También se interroga sobre el salario y se hace un cálculo estimado del valor de la mesada pensional bajo el régimen privado, sin comparación alguna con el sistema público de pensiones ni consideraciones adicionales.

Como se puede advertir, ninguno de esos documentos contiene datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones. Toda la información que se le brindó gravitó sobre el propio régimen privado, situación que claramente produce un sesgo en el afiliado por ignorancia o

desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema pensional alterno."

3.4.6.7 Obligación de indexar las sumas ordenadas en la devolución de saldos y aportes: comprende todos los aportes realizados incluyendo gastos de administración. prohibición de descontar gastos de administración comisiones u otros (Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral SL 1917, sentencia de 10 de mayo de 2021, radicación 87820, MP Dr. CARLOS ARTIRO GUARIN JURADO)

"De otra parte, en lo atinente a los efectos que genera la ineficacia del traslado, la Sala ha insistido que estos conducen a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes del cambio de régimen pensional, lo que apareja que Protección S. A. devuelva al RPMPD, en cabeza de Colpensiones, los aportes, bonos pensionales, rendimientos financieros y gastos de administración, es decir, todo lo acumulado por el afiliado, sin descontar valor alguno por concepto de cuotas de administración y comisiones

Así se dejó sentado, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1688-2019.

Además, se ordenará la indexación de esas sumas, para no afectar financieramente el régimen de prima media con prestación definida.

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL. 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

En efecto, en la última providencia se señaló:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

«La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

«Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Por lo descrito, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia, para en su lugar, i) declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por Luz Stella Sánchez Aguilar al RAIS, el 1° de febrero de 1998, ii) ordenar a Protección S. A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de Luz Stella Sánchez Aguilar, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones”

3.5. DOCTRINA PROBABLE: Visto el reiterado precedente, donde no solo existen tres decisiones que atienden asuntos análogos, sino una sólida posición reafirmada por más de tres años en redundantes sentencias puede afirmarse que la línea es sólida y pacífica, por tanto, es menester acatarla como fuente de derecho para los asuntos que guarden identidad.

Adicional a las sentencias antes citadas se han presentado otras, entre ellas: sentencia SL4360-2019 radicación 68852 del 9 de octubre de 2019 MP Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sentencia SL4343-2019 radicación 70632 del 24 de septiembre de 2019 MP Dra. Ana María Muñoz Segura, sentencia SL1452-2019, Radicación No. 68852 del 3 de abril de 2019, MP Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sentencia SL771-2019, radicación No. 66406 del 19 de febrero de 2019 MP Dr. Santander Rafael Brito Cuadrado y en las sentencias SL037-2019, Radicación No. 53176 del 23 de enero de 2019 MP Dr. Ernesto Forero Vargas, que indicaron en síntesis que es una obligación que cuando un afiliado toma la importante decisión de trasladarse de régimen, las administradoras de pensiones están obligadas a suministrarle información suficiente, clara y calificada, con el fin de ilustrarlo adecuadamente sobre las consecuencias de su decisión, para que no se incumpla lo que la Corte a denominado “deber de información” y evitar perjuicios a los mismos. Aunado a lo anterior, la Corte considera que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, pues no demuestran el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

4. CASO EN CONCRETO.

Se advierte que la parte demandante, pretende que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el I.S.S., hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS., el 16 de marzo de 2001.

En contraprestación de lo indicado por la demandante, la demandada Colpensiones manifestó que en este caso se puede determinar que el asunto que contrae esta

Litis son los supuestos errores atribuidos a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS, más no se le imputa omisión o error a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Por su parte, la demandada Colfondos manifestó que atendiendo las disposiciones y postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral y al no existir prueba documental que acredite que a la señora MARTHA CECILIA OJEDA PÉREZ se le explicó las ventajas, desventajas, requisitos para pensionarse y la viabilidad del traslado se allana a las pretensiones de declarar la nulidad de la afiliación y traslado.

El Juzgado de primera instancia declaró la ineficacia del traslado que la actora hizo del instituto de seguros sociales, hoy COLPENSIONES, a COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS, y en consecuencia, COLFONDOS S.A., en virtud de la conservación del RPMPD, hoy ADMINISTRADO COLPENSIONES, devolverá todos los valores que hubiere recibido o recaudado con motivo de la afiliación del actor que se declaró ineficaz, como cotizaciones, cuotas de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos que se hubieren causado, o cualquier otro, especificando a que semanas corresponde los valores pagados y estas sumas deberán ser indexadas
procede a resolver esta Magistratura el problema jurídico que atañe esta sentencia el cual es:

¿Debe declararse la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la demandante, por no haberse acreditado que en el acto de afiliación se le brindó información suficiente, clara y veraz sobre las implicaciones de los regímenes pensionales existentes?

Es claro para la sala que lo solicitado por la demandante en el presente caso es la ineficacia de su afiliación en el RAIS para en últimas regresar al RPM, considera la Sala, en atención a lo esgrimido por el apelante, oportuno estudiar inicialmente cuales son los eventos bajo los cuales puede darse el cambio de régimen pensional, bajo los parámetros constitucionales, jurisprudenciales y legales, siendo estas,

1. En cualquier tiempo, cada 5 años y siempre y cuando no le falte 10 o menos años para alcanzar la edad de pensión (artículo 13 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es de subsunción normativa), en este evento,

solo es necesario verificar la edad del afiliado y que no haya surtido traslado dentro de los 5 años anteriores a la solicitud del cambio.

2. En cualquier tiempo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicios (15 años o más de cotizaciones al 1 de abril de 1994), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición (SU-130 DE 2013 Corte Constitucional), criterio de raigambre jurisprudencial, tema agotado por la Corte Constitucional desde el año 2002, en el cual quien estuviere cobijado por el 3 evento del artículo 36 de la ley 100, consolida una expectativa razonable del derecho, así el vaivén dentro del sistema no afecta tal condición. Este evento tampoco es satisfecho por el demandante puesto que revisado el plenario del material probatorio no puede evidenciarse que contara con 750 semanas al 1 de abril de 1994, que exige la regla jurisprudencial.

3. En cualquier tiempo, si la información proporcionada para la afiliación no fue veraz y suficiente, con el deber del buen consejo, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes (CSJ, Sala Laboral, Rad No.31314 del 9/09/2014 MP Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón; ya ampliados dentro de los insumos jurisprudenciales. Criterio desarrollado en aplicación de normas de carácter Civiles, Constitucionales y de la Seguridad Social, en donde el ocultamiento, la inducción al error, la desinformación, constituyen vicios en el consentimiento lo cual degenera en un faltante a los requisitos esenciales para la configuración del acto jurídico, el cual se refleja en la declaratoria de la ineffectividad del negocio jurídico con efectos retroactivos, como lo es la nulidad, con un aporte importantísimo, en cuanto a la carga probatoria, y la redistribución de la misma pues en criterio del órgano de cierre en materia laboral, la condición de salvaguarda de la información, la condición de depositario de administrador del sistema de la seguridad social, facilitan la demostración del cumplimiento de tales deberes radica en cabeza de las AFP, contrario sensu, resulta más traumático y difícil al afiliado encontrar los medios idóneos para su demostración, operando en concepto del máximo Tribunal, la redistribución de la carga probatoria, invirtiendo el deber de probar que cumplió con el deber de informar correctamente, como vía ineludible en la conformación del consentimiento.

En este punto toca analizar si hubo o no falta de consentimiento para realizar el traslado y si ocurrió por voluntad de la demandante, motivo por el cual, en torno a la deficiencia de la información suficiente para determinar la decisión del afiliado quedan estas variables lógicas:

1. Que la entidad si suministró de forma verídica, oportuna y suficiente la información:

Entonces el afiliado hubiese resultado beneficiado de su escogencia y no tendrían la necesidad de demandar el reintegro al RPM y las pretensiones de esta demanda deberían de ser desestimadas pues afectaría el derecho final del afiliado, siendo más benéfico para este el RAIS. si no fuere lo anterior, entonces, consiente del menoscabo en sus intereses derivado de la información correctamente suministrada por la AFP privada, pues esta, tendría que haber mostrado infaliblemente que el RAIS era menos benéfico que el RPM. Y aun así el afiliado escogió deliberada y conscientemente trasladarse a la administradora privada.

Lo anterior permite concluir parcialmente:

a) El afiliado no resulto beneficiado con la escogencia del RAIS, porque el resultado final así lo demuestra, y porque es poco probable según las máximas de la experiencia, que una persona deliberadamente actúe en contra de sus propios intereses sin una causa o motivo las cuales no afloran en este proceso, pues ¿quien en sano uso de sus facultades mentales escoge lo que le perjudica?

Se puede inferir racionalmente de las anteriores premisas que resulta poco probable que una persona, informada debidamente, asienta con algo que lo perjudica, sin motivo alguno.

Esto desencadena el segundo asunto del mismo tópico: ¿Quién debe probar si la información fue entregada al afiliado en condiciones que le permitieran comprender el efecto que tendrían en el futuro respecto a las prestaciones sociales en juego?

Se diría en principio que la carga de la prueba radica en cabeza del afiliado quien introduce el hecho jurídicamente relevante, persiguiendo los efectos que de la norma deriva, como genéricamente ha de tratarse.

Sin embargo ¿Quién tiene el deber de documentar las condiciones individuales de los afiliados y sus novedades? No en vano se llaman ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES, en este caso haciendo uso de jurisprudencia de vieja data que se incorporará en el Código General del Proceso, es factible redistribuir el peso demostrativo, bajo criterios de equidad procesal, pues al afiliado le resulta mucho más engorrosa la demostración, mientras es a la administradora quien por

deber legal le corresponde documentar las novedades, debiendo soportar dicha carga, esto bajo los lineamientos jurisprudenciales citados como insumo para la sentencia; es verídico que la demandante no logró demostrar las condiciones en las cuales fuera abordado y convencido por la AFP privada; pero inversa la carga de la prueba para este caso tampoco fue demostrado por ninguno de los demandados.

En el presente caso, se observa a fl. 12 del expediente, que la demandante se afilió en pensiones al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, ISS, hoy COLPENSIONES el 19 de diciembre de 1996, que administra el RPMD, y se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS SA, 16 de marzo de 2011 como se logra a ver a fl 13 del expediente cuaderno digital.

Cabe aclarar que no es de recibo para esta Sala ningún tipo de excusa como por ejemplo insinuar que el afiliado tuvo la oportunidad para trasladarse dentro del término de amnistía, ni cuando aún le faltaban más de 10 años, ni que tampoco cumple con los 15 años de cotización, ni cualquier otro en esta vía.

No resulta de recibo conforme a lo argumentado y sustentado en la amplia jurisprudencia existente, el hecho de afirmar que se está frente a un imposible manifiesto exigir con anterioridad al año 2016 la prueba de las condiciones en las cuales se realizaron traslados o afiliaciones, porque en el entendido del recurrente solo hasta esa fecha se estableció tal requisito: cuando visto esta que ya existían los decretos 663 de 1993 y 656 de 1994, casi concomitantes con la expedición y vigencia de la Ley 100 de 1993; por tanto la ausencia en el cumplimiento de dichos requisitos o su documentación no pueden ser trasladados al afiliado como ya suficientemente se dijo y cito jurisprudencialmente SL 1688, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO:

(...) Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Asimismo, es imple precisar que no obra prueba siquiera sumaria de que a la demandante se le haya brindado una asesoria clara y completa respecto a las ventajas y desventajas de ambos regimenes pensionales. El acompaamiento que realizo el ejecutivo comercial estuvo ceido al diligenciamiento del formulario, no en torno a explicarle las condiciones del RPM y el RAIS o indicar e cual le convenia o no, y lo que se logra ver es la constancia de afiliacion y formulario de vinculacion a partir del 1° de mayo que obran a fl 122 y 123 del expediente digital

En ese orden, el simple diligenciamiento del formulario no supte en manera alguna el deber de informacion, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma el mentado deber (CSJ SL1741-2021 en la que se memoraron las sentencias CSJ SL1421-2019; CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Ello, en manera alguna, desdice del cumplimiento del deber de informacion exigible a la administradora privada de pensiones, el cual, como ya se advirtio, debe ser oportuno e integral al momento del traslado

Asimismo, ha sido tema decantado en la jurisprudencia laboral que la simple rubrica del formulario es insuficiente para dar por demostrado el deber de informacion. Tales formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (Vid. SL4964-2018).

De modo que, el acto juridico de cambio de regimen debe estar precedido de una ilustracion al trabajador, como minimo, acerca de las caracteristicas, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regimenes pensionales, asi como de los riesgos y consecuencias del traslado y, revisado el material probatorio militante en el plenario no se avizora prueba siquiera sumaria de que se haya cumplido con ese deber de informacion.

Es pertinente aclarar que, con relacion a la devolucion de aportes y otros, la conducta de abstencion que asumió la Administradora del Fondo de Pensiones, necesariamente conlleva el regreso del capital que contenga los frutos, intereses, incluidos los rendimientos que se hubiesen generado como lo dispone el articulo 1746 del C.C., aunado a los gastos de administracion con cargo a sus recursos, por cuanto de no hacerse se generaria un detrimento patrimonial que afectaria la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Vale la pena aclarar que, en todo caso, la autorización al traslado entre regímenes no implica el reconocimiento de cualquier otro derecho más allá de este, es decir que no implica beneficios de transición, ni ningún otro, aparte del traslado. Los demás de ser el caso deberán ser estudiados por la administradora al momento del eventual reconocimiento de algún derecho dentro del marco de la seguridad social.

Delimitado lo anterior, conviene recordar que conforme a los criterios de la Corte Suprema de Justicia la consecuencia o respuesta del ordenamiento jurídico frente a la transgresión del deber de información es la ineficacia, esto es, la exclusión de todos los efectos jurídicos del acto de traslado. De manera tal que, dicho examen debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (art. 1746 CC).

Por todo lo anterior queda más que claro para esta Colegiatura que la decisión tomada en primera instancia por el *A quo* fue en derecho y de manera correcta, además hay que resaltar que en la contestación de la demanda Colfondos se allano a las pretensiones de la demanda, por todo lo aquí estipulado se confirmara la sentencia en la cual se declaró la ineficacia del traslado, es decir que las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiere existido. Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.

Por último, conforme al escrito presentado por el Honorable Magistrado Dr. JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ en el que manifiesta su impedimento para conocer el presente proceso a la luz de lo estatuido en el numeral 2° del artículo 141 del CGP aplicable en materia laboral por remisión normativa, éste se aceptará por encontrarse debidamente configurado

DECISIÓN

En mérito de lo ampliamente expuesto la Sala de Decisión Civil-Familia Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, Cesar, en calenda del 24 de junio de 2020, dentro del Proceso Ordinario Laboral adelantado por el señor MARTHA CECILIA OJEDA PEREZ en contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia judicial.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión a las partes de conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo 806 de 2020.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28,
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

JESUS ARMANDO ZAMORA SUAREZ.
Magistrado
(Impedido)

OSCAR MARINO HOYOS GONZALES
Magistrado