

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
07 de julio de 2022

Aprobado mediante Acta N° 49 del 07 de julio de 2022

20-001-31-05-002-2020-00027-01 Proceso ordinario laboral promovido por **ALFONSO ENRIQUE VALERA LEIVA** contra **COLPENSIONES y PORVENIR SA.**

1. OBJETO DE LA SALA.

De conformidad con la Ley 2213 del 13 de junio 2022, por medio de la cual se adopta como legislación permanente el Decreto 806 de 2020, la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, Cesar, integrada por los Magistrados **ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ**, **JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ** y **JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH** quien la preside como ponente, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judicial de las partes demandadas contra sentencia proferida el 20 de enero de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Valledupar, Cesar, dentro del proceso de referencia.

2. ANTECEDENTES.

2.1 DEMANDA Y CONTESTACIÓN

2.1.1 HECHOS

2.1.2 Manifestó que el señor **ALFONSO ENRIQUE VALERA LEIVA** comenzó a laborar desde el año 1984 en el I.S.S hoy Colpensiones.

2.1.3 Indico que para el año 1994 el actor se trasladó al fondo de pensiones y cesantías Porvenir, puesto que en la rama judicial donde laboró el demandante se acercó un asesor de Porvenir para realizar el traslado de fondo pensional, pero dice el actor que nunca recibió por parte de Porvenir asesoría acerca de las consecuencias, ventajas o desventajas del traslado de régimen.

2.1.4 Expreso que al hacer la comparación de la mesada pensional a que tendría derecho si hubiese permanecido en el Régimen de Prima Media Colpensiones, la cual sería la suma de \$1.946.386, puesto que dicha omisión de Porvenir al no brindar información sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional le ocasionó un detrimento al demandante a su derecho pensional.

2.2 PRETENSIONES

Que se declare la nulidad del traslado en régimen pensional del señor ALFONSO ENRIQUE VALERA LEIVA el cual fue en el año 1994 a través de fondo de pensiones y cesantías Porvenir, además que se le ordene a la misma trasladar saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales junto con los frutos e intereses a Colpensiones y ordenar a Colpensiones aceptar el traslado del demandante del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida.

2.3 CONTESTACION DE LA DEMANDA

2.3.1 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

A través de apoderado judicial la demandada contestó declarando que no les constan los hechos de la demanda, y que se atenderán a lo que resulte probado dentro del proceso.

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos de orden legal y fáctico en contra de la demandada Colpensiones y propuso las siguientes excepciones de fondo *“falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe”*

2.3.2 SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

A través de apoderado judicial la demandada contestó declarando ser cierto que el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el día 1° de mayo de 1994, además, declaró no ser cierto que al demandante no se le dio información acerca de las

consecuencias, ventajas o desventajas del traslado de régimen. los demás hechos no le constan.

Se opuso a todas y cada unas de las pretensiones de la demanda y propuso las siguientes excepciones de fondo “prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación”.

2.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El a-quo en sentencia del 20 de enero de 2021 profirió la siguiente sentencia:

Declaró la ineficacia de traslado que ALFONSO ENRIQUE VALERA LEIVA, realizó del instituto de seguros sociales, hoy Colpensiones, a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A, desde el 6 de abril de 1994, en consecuencia, PORVENIR S.A. 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.

2.5 PROBLEMA JURIDICO ABORDADO EN PRIMERA INSTANCIA

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.

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 Alfonso Enrique Valera con destino a PORVENIR SA, fue realizado respetando los requisitos y criterios establecidos en la legislación para su validez, la conclusión que llegó el despacho es que en la historia laboral aportada por Colpensiones en la contestación de la demanda que Alfonso Enrique Valera se afilio al extinto

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, ISS el 19 de julio de 1984 que administra el RPMD, trasladándose al RAIS administrado por PORVENIR SA , visible a folio 55 de la contestación de la demanda de porvenir. 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 conllevarían 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 PORVENIR 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 PORVENIR 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.

2.6 RECURSO DE APELACIÓN.

2.6.1 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Arguye en estricta síntesis que, el análisis de la información y el alcance de la asesoría debe ser valorada bajo la normatividad vigente al momento de la materialización del traslado, es decir no es válido imponer obligaciones no

previstas al momento del traslado ya que se desvirtúa el principio de confianza legítima.

2.6.2 SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

- a) Argumenta que se cumplió con prestar la asesoría y un consentimiento informado por cuanto la respuesta dada por el demandante indicó que se afiló por el rendimiento que le ofreció PORVENIR que dicho rendimiento el sabía que era para financiar su pensión, y que la pensión en porvenir se constituía de los rendimientos y del capital ahorrado, por cual es claro que conocía del sistema y que se le dio la asesoría respectiva.
- b) No existe ninguna causal que nulidad el acto de traslado en sí mismo que es totalmente valido.
- c) En caso de que se considere o se ratifique la nulidad del traslado se debe hacer el estudio de la devolución de las cuotas de administración, así como la prescripción de la mismas.

2.7 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

2.7.1 DE LA PARTE RECURRENTE

Mediante auto del 01 de marzo de 2022, notificado por estado electrónico número 32 del 3 de marzo de 2022, se corre traslado a la parte recurrente, de conformidad con el Decreto 806 del 2020 a fin de que, presentaran los alegatos de conclusión, Dentro del término de ley presentan alegatos, así:

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

Arguye el apoderado judicial que la afiliación obedeció a un acto libre de elección de su parte, en cuya ejecución no se incurrió en ningún vicio que hubiere podido afectar el consentimiento, pues desde su génesis y desarrollo, se dio cumplimiento a la normatividad vigente sobre las obligaciones y contratos establecida en la legislación colombiana.

Por otra parte, respecto al deber de información PORVENIR S.A, no tenía obligación diferente a brindar toda la información necesaria de manera completa, tal y como aconteció y atender las inquietudes que los potenciales afiliados pudieran tener, pero de ninguna manera mantener constancias escrita de las asesorías.

Así las cosas, PORVENIR S.A ha dado cumplimiento a todos y cada uno de los presupuestos legales en relación con la vinculación de los afiliados al régimen de

pensiones, conforme a los avances normativos en relación con el deber de información y buen consejo en cabeza de las AFP.

2.7.2 DE LA PARTE NO RECURRENTE

Mediante auto del 25 de marzo de 2022, notificado por estado electrónico número 45 del 28 de marzo de 2022 se corre traslado a la parte no recurrente, de conformidad con el Decreto 806 del 2020 a fin de que, presentaran los alegatos de conclusión, argumentó que se declare la nulidad del traslado en régimen pensional del señor ALFONSO ENRIQUE VALERA LEIVA el cual fue en el año 194 a través de fondo de pensiones y cesantías Porvenir, además que se le ordene a la misma trasladar saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales junto con los frutos e intereses a Colpensiones y ordenar a Colpensiones aceptar el traslado del demandante del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida.

3. CONSIDERACIONES

Preliminarmente debe expresarse, que, verificado el expediente, se tiene que la primera instancia lo remitió con el fin de que se resolviera los recursos de apelación interpuesto por las demandadas, liberando al fallador en esta instancia del marco de la consonancia.

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.

3.2 COMPETENCIA.

Este tribunal tiene competencia tal como se asigna el Artículo 15 literal B numeral 1 del C.P.T.S.S.

3.3 PROBLEMA JURÍDICO.

¿Debe declararse la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el 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?

3.4 FUNDAMENTO NORMATIVO.

3.4.1 LEY 100 DE 1993

ARTÍCULO 113. TRASLADO DE RÉGIMEN.

Cuando los afiliados al Sistema en desarrollo de la presente Ley se trasladen de un régimen a otro se aplicarán las siguientes reglas:

- a) Si el traslado se produce del Régimen de Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales en los términos previstos por los artículos siguientes;
- b) Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización.

3.4.2 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."

3.4.3 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**"*

3.5 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL.

3.5.1 CORTE CONSTITUCIONAL

3.5.1.1 Traslado de régimen pensional cuando al afiliado le faltaren diez años o menos para cumplir edad (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, tuvieren 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.”

3.5.2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

3.5.2.1 El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensión conforme a las reglas civiles y comerciales (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**».*

3.5.2.2 Sobre la manifestación libre y voluntaria (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.”

3.5.2.3 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. (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”

3.5.2.4 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 MARÍA 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.”

3.5.2.5 La existencia de documentos suscritos por el afiliado, no es plena prueba de haber suministrado información suficiente. (Sala de Casación Laboral, SL373-2021, Rad No.84475, sentencia del 10 de febrero de 2021; MP Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS 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 alternativo, 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.”

3.5.3 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 radicación70632 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 PORVENIR SA el 06 de abril de 1994.

En contraprestación de lo indicado por el demandante, la demandada COLPENSIONES indicó que no que no le constan los hechos de la demanda y la demandada PORVENIR SA declaró ser cierto que la demandante se traslado el 01 de mayo de 1994.

El Juzgado de primera instancia declaró la ineficacia del traslado que la actora hizo del instituto de seguros sociales, hoy COLPENSIONES, a PORVENIR SA 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 el 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 nulidad de su afiliación en el **RAIS** para en últimas regresar al **RPM**, considera la Sala, en atención a lo esgrimido por el apelante **COLPENSIONES**, 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.

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 sí suministró de forma verídica, oportuna y suficiente la información:

Entonces el afiliado hubiese resultado beneficiado de su escogencia y hoy no tendría la necesidad de demandar el reingreso 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 ¿quién 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. 01 del expediente de las pruebas aportadas por, que la demandante se afilió en pensiones al extinto INSTITUTO DE

SEGUROS SOCIALES, ISS, hoy COLPENSIONES el 19 de junio de 1984, que administra el RPMD, y se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A, 06 de abril de 1994 como se logra a ver a fl. 53 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.

Asimismo, es imple precisar que no obra prueba siquiera sumaria de que a la demandante se le haya brindado una asesoría clara y completa respecto a las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales. El acompañamiento que realizó el ejecutivo comercial estuvo ceñido al diligenciamiento del formulario, no en torno a explicarle las condiciones del RPM y el RAIS o, indicarle cuál le convenía o no, y lo que se logra ver es la constancia de afiliación y formulario de vinculación a partir del 1° de mayo que obran a fl 53 y 54 del expediente digital.

En ese orden, el simple diligenciamiento del formulario no suple en manera alguna el deber de información, 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 información exigible a la administradora privada de pensiones, el cual, como ya se advirtió, debe ser oportuno e integral al momento del traslado.

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

De modo que, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador, 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 y, revisado el material probatorio militante en el plenario no se avizora prueba siquiera sumaria de que se haya cumplido con ese deber de información.

Es pertinente aclarar que, con relación a la devolución de aportes y otros, la conducta de abstención 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 artículo 1746 del C.C., aunado a los gastos de administración con cargo a sus recursos,

por cuanto de no hacerse se generaría un detrimento patrimonial que afectaría 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, 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.

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, el 20 de enero de 2021, dentro del Proceso Ordinario Laboral adelantado por el señor ALFONSO ENRIQUE VALERA LEIVA en contra PORVENIR SA y COLPENSIONES por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

20-001-31-05-002-2020-00027-01 Proceso ordinario laboral promovido por **ALFONSO ENRIQUE VALERA LEIVA** contra **COLPENSIONES y PORVENIR SA.**

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia judicial.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión por estados, para tal efecto remítase a la secretaría de esta corporación.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999,
Ley 2213 de 2022;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ.
Magistrado

ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado