



República de Colombia
**Tribunal Superior Del Distrito
Judicial De Valledupar**
Sala Cuarta de Decisión Civil – Familia – Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 200013105 **001 2022 00220 01**
DEMANDANTE: MARLENE USTARIZ MOLINA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

Valledupar, veintisiete (27) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022, decide la Sala de manera escrita el recurso de apelación que interpuso la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, el 20 de junio de 2023. Igualmente, se surtirá el grado de consulta en favor de la referida entidad.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual efectuada a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia, se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de sus aportes pensionales y a ésta recibirlos, asimismo, reconocer y pagar la pensión de vejez, más las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró haber nacido el 15 de diciembre de 1955, se afilió y cotizó al ISS hoy Colpensiones desde julio de 1980 a diciembre de 1986 y del 20 de abril de 1992 al 30 de julio de 1995.

Se trasladó a Protección S.A., en julio de 1995, sin el suministro de una información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz al momento del cambio de régimen, el cual se materializó por el engaño de la demandada, consistente en que la mesada pensional sería superior en el RAIS y el seguro social se iba acabar. Recabó en no haberle efectuado una proyección de su mesada pensional, como tampoco le informaron sobre la fecha límite para trasladarse.

A la presentación de la demanda, refirió tener 1387 semanas cotizadas a Protección S.A. y 172 en el RPM. De acuerdo con el CETIL expedido por la Universidad Popular del Cesar tiene un tiempo laborado del 20 de abril de 1992 a 30 de junio de 1995, lo que se traduce en más de 210 semanas. Por lo que cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, esto es, 57 años y 1300 semanas.

Al contestar, la **AFP Protección S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos 1, 2, 3, 10, 14, 16 y 18, relativos a la fecha de nacimiento, el número de semanas cotizadas, la solicitud de ineficacia de traslado y de simulación pensional, así como el número de semanas en el RPM. Frente a los demás manifestó no constarle o no ser ciertos.

Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, improcedencia de la solicitud de ineficacia de la afiliación, firmeza del consentimiento de la afiliación al RAIS, - inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación y causa para pedir, improcedencia de condena en costas, compensación y buena fe. (*doc: 05ContestacionDemanda.pdf*).

Por su parte, **Colpensiones** rechazó las suplicas por carecer de fundamentos de orden legal y fáctico. En cuanto al reconocimiento pensional, sostuvo no ser la responsable, como quiera que la actora no es

afiliada a la entidad ni se encuentra cotizando en el RPM. Aceptó los hechos 1, 2, 4, 10 a 17 y 19, relativos a la fecha de nacimiento, número de semanas en el RAIS y RPM, el traslado de régimen, las solicitudes de ineficacia de traslado ante las demandadas y la respuesta negativa. Frente a los demás manifestó no constarle.

Planteó las excepciones de imposibilidad jurídica de declarar la ineficacia de la afiliación y retrotraer la adquisición del status pensional por tratarse de un hecho y situación jurídica consolidada; falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia de las obligaciones reclamadas; cobro de lo no debido; prescripción y buena fe. (07ContestacionDemandaColpensiones.pdf).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, mediante fallo de 20 de junio de 2023, resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado realizado por MARLENE USTARIZ MOLINA en el año 1995, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

SEGUNDO: Ordenar a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., que traslade al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos. También, deberá devolver el porcentaje por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora permaneció como su afiliada en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Colpensiones deberá recibir esas sumas de dinero.

TERCERO: Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer y pagar a MARLENE USTARIZ MOLINA la pensión de vejez, de acuerdo con la Ley 100 de 1993, pero condicionada su exigibilidad a que la demandante acredite el retiro definitivo del servicio. La liquidación de la pensión deberá efectuarse conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia. Colpensiones, una vez incluya en nómina a la demandante, está autorizada para descontar de la pensión reconocida el valor de la totalidad de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, con la finalidad de que las transfiera a la entidad administradora de salud a la que se encuentre afiliada la accionante.

CUARTO: Declárense no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: Condenar en Costas a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Inclúyase por concepto de agencias en derechos la suma de 3 smlmv”

Como sustento de su decisión, mencionó frente a la ineficacia del traslado, que Protección S.A. no acreditó haber entregado a la actora información suficiente completa y clara sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional. En cuanto a la pensión de vejez, consideró que la actora pese a ser beneficiaria del régimen de transición, no lo conservó, al cumplir la edad en diciembre de 2011 y no contar a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 con las 750 semanas requeridas. Estudió el derecho pensional con la Ley 100 de 1993, encontrando acreditado la edad y la densidad de semanas allí consagradas, por lo que reconoció el derecho en favor de la parte demandante, no obstante, condicionó el disfrute de la prestación al retiro del servicio.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones interpuso recurso de apelación. Alegó jurisprudencialmente los fondos de pensiones desde su creación tenían el deber de información con los afiliados o usuarios del sistema pensiona y, en aplicación de la carga dinámica de la prueba se invirtió al quedar en cabeza de los fondos de pensiones la obligación de desvirtuar la insuficiencia de información al momento del traslado, lo cual crea una situación desventajosa que favorece a los afiliados, postura que no es acogida por toda la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Hasta el año 2016, los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probarlo y entenderle el traslado efectuado en debida manera. Lo contrario sería imponer cargas adicionales a las previstas en la ley de la época, lo que constituye una situación imposible.

Refirió que a los usuarios financieros les asiste una serie de deberes como lo señala el Decreto 2550 de 2010, entre los que se encuentran el deber de informarse sobre las condiciones del sistema, emplear adecuada atención y cuidado en la toma de decisiones, así como leer las condiciones de afiliación del sistema. Además, debe propenderse por la garantía del equilibrio financiero del sistema y evitar la descapitalización del fondo común de prima media.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora. Así mismo, determinar si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento de la pensión de vejez solicitada.

1. Traslado de régimen pensional

Para atender la consulta y la apelación, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo de la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual establece la elección libre y voluntaria por parte de la afiliada. A su turno, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la escogencia debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, contempla las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación, además dispone la ineficacia del

traslado al advertir que se debe dejar sin efecto la efectuada sin el lleno de ese requisito, con el fin de garantizar que el afiliado pueda realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, prevé en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispone que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 dispone que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3464-2019 reiteró que desde la SL1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la

afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión a este deber se aborda desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

En las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL19447- 2017 y SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020; STL3200-2020; SL 2209-2021; SL 2297-2021 y SL3719-2021).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la

sentencia SL1688 de 2019, SL 2209-2021; SL 2297-2021 y SL3719-2021. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil ha dispuesto la inversión la carga de la prueba, por lo que debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco se ve afectada, dado que los aportes realizados por la afiliada durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

1. Ineficacia del traslado

Examinado el expediente, se observa de las pruebas documentales aportadas, que la demandante tuvo una afiliación inicial en el RPMPD y se trasladó al RAIS, así:

ACTUACIÓN	ENTIDAD O AFP	NOVEDAD	FECHA INICIO DE EFECTIVIDAD	FECHA FINAL DE EFECTIVIDAD
Afiliación inicial al RPM	ISS		05/07/1980	05/12/1986
	Cajanal		20/04/1992	30/06/1995
Traslado Régimen a	Protección S.A.	21/06/1995	01/07/1995	Actualidad

Lo anterior, se constata con la historia laboral de Colpensiones, el formato CETIL, el formato de vinculación o traslado No. 0975316, resumen historia laboral de la Oficina de Bonos Pensionales y el reporte o historial de vinculaciones de Asofondo. (05ContestacionDemanda.pdf, 02DemandaconAnexos.pdf)

Ahora, al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en el cambio de régimen el asesor le mencionó que Cajanal desapareció y que ocurriría lo mismo con el ISS, por lo que su mejor opción era trasladarse a Protección S.A.

Conforme a las pruebas antes aportadas, se evidencia que Protección S.A. fondo involucrado en el traslado de régimen pensional, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento del traslado de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

De acuerdo con el escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen sin el conocimiento de las desventajas que pueda generarle o la referencia que el fondo público se acabaría no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (SL 2209-2021; SL 2297-2021 y SL3719-2021).

En consecuencia, resulta evidente que se configura una violación del deber de información, que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Aquí conviene anotar, que la ineficacia de traslado se cimienta en la falta de información en el acto del traslado o cambio de régimen pensional, por consiguiente, la circunstancia de si la afiliada es o no beneficiaria del régimen de transición resulta irrelevante a efectos de la carga probatoria que recae sobre la AFP. (CSJ SL142-2018, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, reiteradas recientemente en CSJ 2208-2021 y la SL5686-2021).

De suerte que, PROTECCIÓN S.A., deberá trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados. Tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 y SL5680-2021, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Tal como lo dispuso el a quo, por lo que se confirmará lo relacionado con la ineficacia de traslado y las consecuencias del mismo dispuesto en primera instancia.

Frente a lo alegado por Colpensiones respecto a que conforme el Decreto 2550 de 2010 al afiliada le asisten unas obligaciones, como procurar la información sobre las características del régimen en el que se encontraba, ello no es de recibo, en razón a que, la ineficacia del traslado tiene su causa en la falta información del fondo de pensiones al posible afiliada, no siendo dable trasladar al asegurado la responsabilidad en la omisión de las administradoras de pensiones que recae única y exclusivamente sobre ellas.

En cuanto a la sostenibilidad del sistema pensional aducida por Colpensiones, se precisa que la misma no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por la afiliada durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión según los principios que

inspiran el Sistema de Seguridad Social, serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

2. De la pensión de vejez

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, contempla como requisitos para acceder a la pensión de vejez en lo que interesa al proceso, que la afiliada mujer haya alcanzado los 57 años y acreditar cotizaciones por un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo, precisa la norma que a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementaría en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 ascenderá en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

En ese orden de ideas, una vez, realizadas las validaciones correspondientes, se determina que la accionante Marlene Ustariz Molina cumplió los 55 años de edad el 15 de diciembre de 2010, por cuanto nació el mismo día y mes del año 1955, según se constata con la copia de la cédula de ciudadanía. (*02DemandaconAnexos.pdf*), data para la cual, solo tenía cotizadas 172,57 (RPM) y 966.7 (RAIS), para un total a esa data de **1139 semanas**, inferior a las requeridas (1175).

Paralelamente, para el año 2015, la promotora tenía cumplida la edad y la densidad de semanas para tener derecho a la pensión de vejez, por cuanto para ese momento contaba con 60 años y **1.396.7 semanas**.

En consecuencia, si es viable el reconocimiento pensional en armonía con la acreditación del retiro definitivo del sistema, pero una vez Colpensiones reciba el traslado del saldo en cuenta individual, más los demás emolumentos dispuestos en cabeza del fondo privado. Dado que, un reconocimiento anterior a esta condición conllevaría a una crisis en la sostenibilidad financiera del sistema pensional público, al no poder disponer Colpensiones del capital obrante en la cuenta individual que actualmente reposa en el sistema de ahorro individual.

En consecuencia, **se adiciona el numeral tercero** de la sentencia, en el entendido, que Colpensiones reconocerá la pensión de vejez, una vez reciba el traslado efectivo de las sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual y demás emolumentos aquí ordenados como consecuencia de la ineficacia del traslado.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona la decisión en la forma indicada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR – SALA N° 4 CIVIL-FAMILIA-LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 20 de junio de 2023, por el Juzgado Primero Laboral del

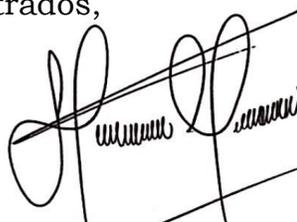
Circuito de Valledupar, para disponer que Colpensiones reconocerá la pensión de vejez, una vez reciba el traslado efectivo de las sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual y demás emolumentos aquí ordenados como consecuencia de la ineficacia del traslado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ante su no causación.

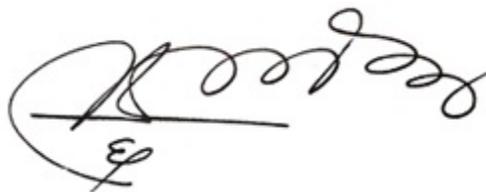
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ

Magistrado



EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA

Magistrado