

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

Ocho (08) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Aprobado mediante acta No. 0135 del 08 de febrero de 2024

20-001-31-05-001-2019-000350-01 Proceso ordinario laboral ordinario promovido por **LUCY ELENA ARIZA MOLINA** contra **COLPENSIONES** y **OTRO**.

1. OBJETO DE LA SALA.

En de la Ley 2213 de 2022 la cual adoptó como legislación permanente el decreto 806 del 4 de junio de 2020, la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, Cesar, integrada por los Magistrados **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**, **JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ** y **JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH** quien la preside como ponente, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida el 16 de mayo de 2023, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso de referencia.

2. ANTECEDENTES.

2.1 DEMANDA Y CONTESTACIÓN.

2.1.1. HECHOS

2.1.1.1 La señora señor **LUCY ELENA ARIZA MOLINA** inició cotizando desde el 11 de febrero de 1985 en **Instituto de Seguros Sociales**, hoy **COLPENSIONES**. La cual, para la fecha de la presentación de la acción legal se

encontraba laborando de manera dependiente donde acreditaba en su cuenta de ahorro individual el valor de \$161.678.405 pesos.

2.1.1.2. Posteriormente el 24 de enero de 1996 se trasladó a la señora **LUCY ELENA ARIZA MOLINA** del régimen de prima media con prestación definida administrado por **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES** al fondo de pensiones **AFP ING COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS** y, el 17 de enero de 1996 la demandante fue trasladada de **AFP** al fondo de pensiones **AFP COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS AIG**.

2.1.1.3. Manifestó que el asesor comercial de **AFP ING COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS**, no revisó los derechos adquiridos los cuales contaba la demandante con respecto al régimen de transición.

2.1.1.4. La demandante indicó que el día 10 de mayo de 2019 solicitó ante **AFP ING COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS** declarar la nulidad de la afiliación manifestando que la información dada por la demandada fue errónea. el 10 de mayo de 1999 fue trasladada de AFP al fondo de pensiones **ING DAVIVIR PENSIONES Y CESANTÍAS** Sufrió un perjuicio porque la AFP no le brindó información clara.

2.1.1.5. El día del traslado la demandante se encontraba laborando en **DAVIVIR S.A.** de tal manera, que la obligaron a firmar un formulario de vinculación ante este fondo y solicitó a **DAVIVIR S.A.** la nulidad de la afiliación alegando información errónea por parte del fondo privado.

2.1.1.6. El 03 de mayo de 2019 la demandante elevó petición ante **COLPENSIONES** se declarará la nulidad de la afiliación por información errónea y fuera de contexto, de tal manera, el día 23 de abril de 2019, solicito traslado a la **UGPP** del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.

2.2 PRETENSIONES.

2.2.1. Que se declare que la demandante efectuó el traslado el 24 de enero de 1996 del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es nulo, ineficaz e inexistente.

2.2.2. Que se declare la nulidad de traslado al fondo administrador de pensiones **DAVIVIR PENSIONES Y CESANTÍAS** del día 10 de mayo de 1999 y la nulidad del traslado de **COLMENA CESANTÍAS Y PENSIONES AIG** hoy **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS** del día 17 de abril de 1996.

2.2.3. Que se declare que al momento del traslado a la demandante no le proporcionaron una información completa y comprensible sobre las consecuencias de elección de régimen pensional y que no ha sido desafiada o desvinculada del

régimen de prima media con prestación definida administrado por el **ISS** hoy **COLPENSIONES**.

2.2.4. Que se declare la única afiliación válida al régimen de pensiones que ha tenido la demandante ha sido la efectuada al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**.

2.2.5. Que se declare que la demandante tiene derecho a pensión para el momento en que quiera reclamar su derecho en cumplimiento de los requisitos de ley exigidos en este régimen de prima media con prestación definida. Conforme a la declaración de nulidad de la vinculación y traslado de régimen, esto trae como consecuencia su regreso al régimen de prima media.

2.2.6. Que se condene a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de lo ahorrado por el demandante en su cuenta de ahorro individual, con todos los requerimientos que se hubieren generado, hasta el momento en que quede ejecutoriada la sentencia que así lo disponga.

2.2.7. Que se condene a **COLPENSIONES** a proceder a recibir por parte de **PROTECCIÓN S.A.** la totalidad de lo ahorrado por el demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos.

2.2.8. Que se condene a **COLPENSIONES** a reintegrar a su sistema a la afiliada y tenerlo como si no hubiese sido desafiliada del régimen de prima media con prestación definida y, por tanto, al pago de la pensión de jubilación o de vejez con la asignación más favorable.

2.2.9. Las demás condenas que el despacho considere necesarias y condenar a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

2.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.3.1 De la demandada COLPENSIONES

Mediante apoderado judicial contestó la demanda de la siguiente manera: Declaró ser cierto los hechos referentes a las cotizaciones realizadas **COLPENSIONES**, los aportes con la demanda. Los demás hechos resultan no constarle. Se opuso a cada una de las pretensiones y propuso como excepciones de fondos las mencionadas a continuación: *“falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada.”*

2.3.2 De la demandada UNIDAD ADMINISTRADORA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP

Ejerciendo el derecho a la defensa y contradicción a través de apoderada judicial contestó la demanda bajo los siguientes términos: le son ciertos los hechos con respecto a la identidad de la demandante y respecto a la solicitud del traslado de régimen, los demás hechos resultan no constarles.

Se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda, propuso como excepción previa *“falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de obligación y prescripción”*.

2.3.3 De la demandada PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS.

Ejerciendo el derecho a la defensa y contradicción a través de apoderado judicial contestó la demanda bajo los siguientes términos: le son ciertos los hechos con respecto a la solicitud de reiteración de acogerse y trasladarse, la petición con respuesta el 26 de junio de 2019, los demás hechos no son ciertos o no les consta.

Expuso que se opone a todas las solicitudes de la parte actora. Propuso como excepciones de fondo las mencionadas a continuación: *“Prescripción, improcedencia de la declaratoria de nulidad e ineficacia del traslado, firmeza del consentimiento del traslado del RPM al RAIS y afiliación a las AFP PRIVADAS, ratificación del consentimiento del traslado del RPM al RAIS y afiliación a los fondos privados, inexistencia de la obligación y causa para pedir, 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 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, improcedencia de condena en costas, compensación, buena fe y innominada o genérica”*.

2.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante sentencia del 16 de mayo de 2023 el *a quo*:

- ✓ Declaró la ineficacia del traslado en el año 1996 por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual
- ✓ Ordenó a la administradora de fondo de pensiones y cesantías **PROTECCION S.A.** trasladar al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**, todas las sumas de sus rendimientos, devolver los porcentajes de gastos de administración, primas de seguro previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por todo el tiempo en el que la actora permaneció como su afiliado en el RAIS.
- ✓ Declaró no probadas las excepciones propuestas por **PROTECCION S.A.** y **COLPENSIONES**.

✓ Condenó en costas a **PROTECCION S.A.**

2.4.1 PROBLEMAS JURÍDICOS ABORDADOS EN PRIMERA INSTANCIA.

Se fijó la litis en determinar:

“El litigio en el presente asunto, se centra en establecer, si debe declararse o no la ineficacia del traslado que realizó LUCY ELENA ARIZA MOLINA en el año 1996, del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si como consecuencia de lo anterior, se debe condenar o no a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, esos conceptos que han sido definidos por la jurisprudencia y que resultan como consecuencia propia de la ineficacia de dichos traslados. Además, se deberá determinar la obligatoriedad de COLPENSIONES de recibir los aportes pensionales realizados por esta al RAIS. Finalmente, resolver sobre las excepciones presentadas por las demandadas”

Como fundamento de su decisión, en síntesis, expuso:

En primer lugar, accedió a la solicitud de ineficacia del traslado que fue solicitada por la demandante, toda vez, que la **AFP PROTECCIÓN** no demostró haber cumplido con su deber de brindar información a la afiliada demandante, lo que la jurisprudencia a tornado ineficaz el traslado del régimen.

La ineficacia del traslado tiene como efectos retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido, por tanto, cada uno de las partes debe devolver lo que recibió de ese acto jurídico que trasgredía las prescripciones legales procedió a devolver los valores que recibió, las cotizaciones y los bonos pensionales, además, los rendimientos que hubieren causado y el reintegro de los valores cobrados por la administradora de fondo privados a título de gastos de administración y comisiones, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsional, estos, los cuales debe asumir con sus propios recursos. Toda vez, que desde el acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**, dispuesto por la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** en su sentencia **SL892 de 2022** y **SL799 de 2022**.

Seguidamente, no se logró establecer que **PROTECCIÓN S.A.** brindó información necesaria sobre todo lo relacionado con el traslado de un régimen a otro. Así las cosas, declaró la nulidad del acto de traslado en el año 1996 por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, y como consecuencia ordenó a **COLPENSIONES** a trasladar todas las sumas de sus rendimientos, devolver los porcentajes de gastos de administración, primas de seguro previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por todo el tiempo en el que la actora permaneció como su afiliado en el RAIS.

2.5 RECURSO DE APELACIÓN.

2.5.1 COLPENSIONES.

Inconforme con la decisión la apoderada judicial presentó recurso en contra de la sentencia proferida en primera instancia.

Alega que como se observa en los hechos de la demanda se indicó cuando se hizo el traslado del régimen de prima media y el régimen de ahorro individual el cual se realizó el 24 de enero de 1996, pero no indica a través de cual aseguradora lo hizo, por lo cual no se entiende cual es el soporte fáctico, probatorios de la demandante para afirmar que dicho traslado se hizo sin la debida información o de manera engañosa, no obstante, le corresponde a **PROTECCIÓN S.A.** probar que realizó las indicaciones pertinentes y la entrega de la información necesaria para el debido traslado.

En lo que atañe al debate jurídico, le corresponde pronunciarse si las pretensiones del acto no encuentran acierto judicial, esto conllevaría a que **COLPENSIONES** de recibo recaude las cotizaciones realizadas por la demandante.

De acuerdo con las pruebas aportadas de la demandante nació el 10 de agosto de 1963 lo que a la fecha cuenta con la edad de 59 años y conforme a lo dispuesto en el literal, el artículo 3 de la ley 793, modificado por la ley 797 de 2003, después de un año de la vigencia de la presente ley, no se podrá trasladar de régimen cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Esto, también produce la pérdida del régimen de transición y de acuerdo con las jurisprudencias, se encuentran las reglas para el traslado pretendido y evidencia que la parte demandante no cumple con los requisitos exigidos, toda vez que, tampoco cuenta con 15 años mas de servicio cotizados al momento de la entrada en vigencia y temas de seguridad social en pensión.

2.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

2.6.1 COLPENSIONES.

Mediante proveído de fecha 20 de noviembre de 2023 se corrió traslado a la parte recurrente a efectos de presentar alegatos, y según se observa en constancia secretarial de fecha 05 de diciembre de 2023 fue presentado dentro del término, esgrimiendo los siguientes argumentos:

Manifiesta que no se encuentra probado que el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad haya sido a través de engaños o desinformaciones por parte de los asesores de los fondos privados, lo cual, debe ser probado y hasta tanto no ocurra se deberá presumir que su traslado fue voluntario, libre y consentido.

De esta manera, tampoco se puede pretender, que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad, sea trasladada nuevamente al régimen de prima media con prestación definida.

Por ello, la solicitud de afiliación o traslado fue realizada de manera directa y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular.

2.6.3 DE LA PARTE DEMANDANTE.

Mediante proveído de fecha 20 de noviembre de 2023 se corrió traslado a la parte recurrente a efectos de presentar alegatos, y según se observa en constancia secretarial de fecha 05 de diciembre de 2023 fue presentado dentro del término, esgrimiendo los siguientes argumentos:

Manifiesta que como se observa en el formulario de afiliación, este carece de legalidad, por lo que, viene trasladada del régimen de prima media administrado por ISS y esta pasa al régimen de ahorro individual sin valorarse las expectativas legítimas de los derechos adquiridos.

Esboza que, es evidente que la demandante fue víctima de un actuar irresponsable de personas que solo pretendían satisfacer sus propios intereses económicos, lo cual recibían beneficios aprovechándose del desconocimiento total de la demandante que no tenía conocimiento sobre la afiliación que se efectuó.

3. CONSIDERACIONES.

Preliminarmente debe expresarse, que, verificado el expediente, se tiene que la primera instancia lo remitió con el fin de que se resolviera el recurso de apelación interpuesto por los sujetos demandados y resolver el grado jurisdiccional de consulta, razón por la cual libera al Tribunal del límite impuesto por el principio de 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.

3.1 COMPETENCIA.

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

3.2 PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico a resolver por esta colegiatura consiste en determinar:

¿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?

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

3.4. FUNDAMENTO NORMATIVO.

3.4.1 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."

3.4.2 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"***

3.5 FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

3.5.1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN LABORAL.

3.5.1.1 Sobre el deber de informar con suma diligencia en el traslado de régimen: (Sentencia SL645-2023 del 29 de marzo del 2023, radicado N°93153, MP. DR. OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA).

"(...)El Tribunal cometió los errores que le enrostra la censura, pues su argumentación tuvo el propósito de desconocer el deber que, se recalca, lleva impregnado un interés social, que consiste en informar a las personas afiliadas al sistema pensional, de manera clara, cierta, comprensible y oportuna, acerca de las características, diferencias, beneficios, riesgos, ventajas y desventajas de

los regímenes pensionales, limitando la discusión a la existencia o no de un vicio del consentimiento a la luz del código civil.

Según lo expuesto, las administradoras de fondos de pensiones están obligadas a ofrecer una asesoría suficiente y, por ello, si el afiliado alega que no fue así — como aquí ocurrió— el Tribunal debía dedicar su atención a dilucidar si ese deber se satisfizo o no, con pruebas que lo demuestren de forma contundente, sin centrar la discusión en la ocurrencia del evocado vicio por un excesivo apego a la palabra nulidad que invocó la censora, cuando la corporación ha sido enfática en que la consecuencia directa de la falta de información no es la nulidad sino la ineficacia del acto originario, como es el traslado mismo.

Lo anterior de manera relevante, cuando, como se indicó en el precedente transcrito, las AFP están en mejor posición que los afiliados para demostrar esas circunstancias. Así pues, surge diáfano que el deber de información radica en cabeza de Porvenir SA y no de la señora Duchamp Madero.”

3.5.1.2 La devolución de dineros y frutos del mismo en la ineficacia del traslado de régimen: (Se reitera la Sentencia SL645-2023 del 29 de marzo del 2023, radicado N°93153, MP. DR. OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA).

“Valga la pena precisar que, los efectos que conlleva la ineficacia del acto de traslado, en razón al incumplimiento del deber de información que les compete a las administradoras, para que el afiliado adopte una decisión libre, clara y veraz, se contraen a la devolución de los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales recaudados, además de los rendimientos financieros causados, por lo que tampoco se afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, al estar plenamente justificada la falta que le corresponde a la AFP demandada.

No está de más, aclarar que, dicho escenario no supone una retroactividad plena, pues han de mantenerse incólumes todas aquellas situaciones consolidadas y que presumieron una buena fe por parte del afiliado, como lo es el otorgamiento de las mesadas pensionales o de los derechos que pudieran haberse causado en el régimen al que retorna, tal como se adujo en providencia CSJ SL1264-2022 que reiteró lo expuesto en la decisión CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, así:

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

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.”

4. CASO EN CONCRETO.

Se advierte que la parte demandante pretende que se declare la ineficacia del traslado del régimen solidario de prima media con prestación definida administrado por ISS (hoy COLPENSIONES), al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCION S.A.

En contraprestación de lo indicado por la demandante, las demandadas negaron la prosperidad de todas las pretensiones toda vez que la afiliada si se le brindó información necesaria y al momento de la afiliación la demandante si contaba con todas sus capacidades.

El juzgado de primera instancia declaró la ineficacia del traslado realizado en el año 1996 por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, y, ordenó a PROTECCION S.A. a trasladar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, todas aquellas sumas de dinero que consten en la cuenta de ahorros individual de la demandante.

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?

Sea lo primero precisar, que, el asunto a dirimir en esta oportunidad, es sobre la legalidad del traslado del régimen de pensión como lo ha solicitado la accionante, por ello, es menester realizar el estudio pertinente del material probatorio alojado en el expediente, el cual, brindará los sustentos probatorios para determinar si la accionada PROTECCIÓN S.A., cumplió con el deber objetivo de brindar información veraz, acertada y diligente sobre las consecuencias positivas o negativas de cambiar de régimen. Aunado a ello, la normativa y jurisprudencias relacionadas, han establecido unos presupuestos en los cuales se puede conceder el traslado de régimen, como son:

✓ En cualquier tiempo, cada 5 años y siempre que no falten 10 años o personar para adquirir la pensión, con la condición de que se debe verificar la edad del afiliado sin haberse surtido traslado dentro de los 5 años anteriores.

✓ En cualquier tiempo, cuando el afiliado es beneficiario del régimen de transición con 15 o más años de cotización al 01 de abril de 1994, es decir, se encuentra bajo la posibilidad de cambiar de régimen sin límite.

✓ 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, es así que, 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 inefectividad del negocio jurídico con efectos retroactivos, como lo es la nulidad, recayendo así, la carga probatoria del cumplimiento de los requisitos a las administradora.

Con lo dicho, en el caso de marras, haciendo uso de jurisprudencia de vieja data las cuales se relacionan con los presupuestos normativos del Código General del Proceso, es factible redistribuir el peso demostrativo, bajo criterios de equidad procesal, pues a la afiliada 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, verbigracia SL586-2023, del 22 de marzo de 2023, radicado N°93465, la cual dispone:

“La jurisprudencia de la Corte ha adocinado que cuando un afiliado alega que no recibió la información debida al cambiarse de modelo pensional, como lo hizo el promotor del proceso en la demanda inaugural, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca y, por ende, será la contraparte, en este caso, a la AFP demandada, quien tiene que demostrar que sí brindó la ilustración debida, dado que es quien está en posición de hacerlo. Así se consagró, en la decisión CSJ SL1452-2019”

Ahora bien, bajo estos fundamentos, es menester realizar el estudio pertinente de las pruebas aportadas en el expediente, para determinar si la accionada PROTECCION S.A., cumplió con ese deber objetivo de informar adecuadamente a la señora LUCY ELENA ARIZA MOLINA sobre las particularidades del cambio de régimen, para ello se tiene:

✓ Archivo digital 04 Anexos Demanda **Folio 2.** Cuaderno primera instancia. Solicitud de vinculación fondo obligatorio de pensiones de DAVIVIR, de la

señora LUCY ELENA ARIZA MOLINA con No. 0744064, de fecha de 10 de mayo de 1999, documento necesario para conocer la información de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones PROTECCION S.A.

- ✓ Archivo digital 04 Anexos Demanda **Folio 5**. Cuaderno primera instancia. Derecho de petición presentado a las administradoras de pensión con correspondencia del 10 de mayo de 2019, documento que será necesario para establecer la petición de la demandante con respecto a la nulidad del traslado realizado.

Como ya se ha dictado a lo largo de diferentes pronunciamientos de vieja data, son los mismos fondos lo que deben de brindar la información suficiente a sus próximos afiliados, demostrándole así a detalle que el afiliarse a determinado fondo, en este caso PROTECCION S.A., brindaría una serie de beneficios mayores, diferentes al fondo en el que se encontraba afiliada, y así mismo destacar los puntos de controversia en donde el cliente pueda determinar de forma objetiva que le es más beneficioso, situación que el referido fondo no realizó, toda vez que no se encuentra prueba alguna en la cual se corrobore que le brindó la debida asesoría a la demandante.

Se debe guardar el compromiso de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría, guardando suma relación con la ley 1748 de 2014, artículo 3 del decreto 2071 de 2015 y circular externa No 016 de 2016, de los cuales se destaca con precisión que en estos procesos de traslado de régimen se encuentra inmerso el derecho a obtener asesorías de los representantes de ambos regímenes de pensión, es decir, se desglosa que el afiliado tiene el derecho a ser informado tanto de los aspectos positivos como de los negativos en caso de hacer un traslado de regímenes pensionales y además de ser un derecho del afiliado, es un deber de los fondos de pensiones informar los pro y contras de un traslado; lo que puede ganar y lo que puede perder, y debe hacerse sobre información cierta y objetiva.

Otro punto a destacar, es que la honorable CSJ en reiteradas ocasiones ha decantado que no basta con aquellos documentos en donde de manera preimpreso se “manifieste” la supuesta voluntad libre de vicios de una persona al afiliarse a un régimen de pensiones, máxime sino obra una asesoría diligente y detallada como principal requisito, para que el próximo a afiliarse decida bajo criterios de objetividad el vincularse o no a otro régimen pensional. Dicho argumento toma sustento por lo estudiado en la sentencia SL1055-2022 de la CST, en el cual se indica:

“Asimismo, también desconoció que el juicio valorativo respecto al cumplimiento del deber de información no se agota con la sola firma del formulario de afiliación. En efecto, la jurisprudencia de esta Corte ha precisado de forma reiterada que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones

consignadas en los formatos preimpresos, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

(...) Téngase presente que el análisis judicial sobre el cumplimiento del deber de información a cargo de los fondos privados está al margen, en principio, de la situación pensional de la persona, por lo que no sería coherente exigir que el afiliado se ocupe de verificar su estatus pensional”

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:

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 traslado 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.

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. Pero jurisprudencialmente las altas cortes han instaurado la posibilidad cuando se trata de querer regresar al régimen de prima media luego de haberse trasladado a un fondo privado, como en este caso PORVENIR S.A. (Corte Constitucional, sentencia SU 130 de 2013, MP Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO) la corte en sentencia de unificación expreso:

“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”.

Por lo tanto, estamos frente a una ineficacia del traslado, además con lo dicho, en el caso de marras, haciendo uso de vieja data las cuales se relacionan con los presupuestos normativos del Código General del Proceso, es factible redistribuir el peso demostrativo, bajo criterios de equidad procesal, pues a la afiliada 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, verbigracia SL586-2023, del 22 de marzo de 2023, radicado N°93465, la cual dispone:

“La jurisprudencia de la Corte ha adoctrinado que cuando un afiliado alega que no recibió la información debida al cambiarse de modelo pensional, como lo hizo el promotor del proceso en la demanda inaugural, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca y, por ende, será la contraparte, en este caso, a la AFP demandada, quien tiene que demostrar que sí brindó la ilustración debida, dado que es quien está en posición de hacerlo. Así se consagró, en la decisión CSJ SL1452-2019”

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, como obra en el plenario.

En ese orden, el simple diligenciamiento del formulario no supe 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 SL 1741-2021 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.

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.

Siendo así lo anterior, es preciso recordar que, conforme a los criterios de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la consecuencia del ordenamiento jurídicos 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 estudio debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (art. 1746 CC).

Por consiguiente, la declaratoria de ineficacia tendrá efectos ex-tunc (desde siempre), es decir que las cosas deben retrotraerse en su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera 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 garantías 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 todo lo expuesto, encuentra este cuerpo Colegiado, que el traslado que realizó a la señora LUCY ELENA ARIZA MOLINA del Régimen de Prima Media con Prestación definida en cabeza de PROTECCION S.A., no se encuentra ajustado a las disposiciones jurisprudenciales y legales, en vista que era deber de este demostrar durante el proceso que realizó una debida asesoría a la demandante.

Es así, que esta Magistratura, procederá a CONFIRMAR en su integridad la providencia emitida por la honorable Juez de primera instancia, toda vez que los fundamentos y decisión adoptada se encuentra ajustada a Derecho.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE.

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, Cesar, en calenda del 16 de mayo de 2023, dentro del Proceso Ordinario Laboral adelantado por la señora LUCY ELENA ARIZA MOLINA en contra ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES) y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARA FISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP) por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia judicial.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes la presente providencia, para tal fin remítase a la secretaria de este Tribunal.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Ley 2213 de 2022;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ).

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA.
Magistrado

JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ.
Magistrado