

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

Seis (6) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)
Aprobado en sesión de la fecha mediante acta No. 118

20-001-31-05-003-2021-00043-01 Proceso ordinario laboral promovido por **CESAR AUGUSTO MARTÍNEZ ARROYO** contra **COLPENSIONES Y COLFONDOS**.

1. OBJETO DE LA SALA.

En conformidad de la Ley 2213 de 2022 la cual adopto 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 20 de septiembre de 2022, por el Juzgado Tercero 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. El señor **CESAR AUGUSTO MARTÍNEZ ARROYO** nació el día 21 de septiembre de 1956 y empezó a cotizar al régimen de prima media con prestación

definida, el cual prestó servicio militar al Ejército Nacional de Colombia, entre el 13 de agosto de 1975 al 30 de junio de 1977, comenzó a realizar sus aportes a pensión a partir del 11 de diciembre de 1992, de manera discontinua, hasta el 31 de julio de 1999, para la fecha el actor acreditó 120,14 semanas.

2.1.1.2. Señala el demandante que, el día 06 de julio de 1999 se traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado en su momento por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES “ISS”, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A.

2.1.1.3. Arguye que el asesor comercial de COLFONDOS S.A., diligenció el formulario para el traslado del actor, sin brindarle información completa y comprensible con el fin de ilustrarlo sobre las ventajas y desventajas que le ocasionaría dejar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., al momento de la afiliación, la administradora de pensiones faltó al deber de advertirle por escrito la facultad que tenía de retractarse de su afiliación.

2.1.1.4. Que La demandada no informó al demandante el año de gracia que concedió al Artículo segundo de la ley 797 de 2003, este permitía que los afiliados se pudieran trasladar por una única vez antes del 28 de enero de 2004, situación que no aconteció, ya que, no le informó los cambios normativos.

2.1.1.5. Esboza haber radicado ante COLFONDOS S.A. el día 16 de diciembre del año 2020, escrito solicitando toda la información y documentación relacionada con la asesoría, previa a la afiliación o vinculación del traslado del I.S.S. hoy COLPENSIONES a la administradora COLFONDOS S.A., mediante oficio del 30 de diciembre de 2020, respondieron que “ ... *el traslado de régimen pensional se realizó de manera voluntaria y cumpliendo a cabalidad los procedimientos de ley para este tipo de trámites administrativos.*”

2.1.1.6. Manifiesta que radicó ante COLFONDOS, el día 21 de enero del presente año, escrito solicitando la anulación de la afiliación de traslado del ISS al fondo privado, el cual le contestaron mediante oficio del 22 de enero del presente año, manifestó que “ ... *la solicitud de anulación de afiliación de traslado al fondo privado COLFONDOS S.A, por parte de mi mandante, no es procedente, debido a que se debe dar cumplimiento de la normatividad legal vigente en el artículo 2 de Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y que, no reporta las 750 semanas de cotización al 1 de abril del 1.994, que se requieren para autorizar el traslado.*”

2.2 PRETENSIONES

2.2.1. Que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el I.S.S., hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS., realizado por el señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ ARROYO el 06 de julio de 1999.

2.2.2. Que se declare la omisión de COLFONDOS S.A., de la información que es necesaria al momento de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

2.2.3. Que se declare la omisión del demandado, sobre la información de las condiciones económicas, jurídicas, financieras, actuariales y comparativas entre los dos regímenes pensionales.

2.2.4. Que se declare que, por la nulidad o ineficacia de la afiliación, la administradora verifique y reciba la integridad de los aportes pensionales efectuados por RAIS.

2.2.5. Que se declare, por la nulidad o ineficacia de la afiliación, el traslado de los aportes junto con sus rendimientos a COLPENSIONES, por cuanto continua vigente.

2.2.6. Que se declare, por la nulidad o ineficacia de la afiliación, que la única afiliación válida del demandante, fue la efectuada al ISS hoy COLPENSIONES.

2.2.7. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a:

- ✓ A COLFONDOS por los aportes obligatorios y los rendimientos a favor del demandante en la cuenta de ahorro individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en COLPENSIONES.
- ✓ A COLPENSIONES, a recibir los anteriores valores previa verificación de los aportes efectuados al RAIS, sin las deducciones de COLFONDOS S.A.
- ✓ A COLPENSIONES, a activar al demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde la fecha inicial de afiliación y actualizar su historia laboral.
- ✓ Que se condene en costas y en agencias de derecho a los demandados.

2.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.3.1 COLFONDOS S.A.

Contestó la demanda aduciendo ser ciertos los hechos que versan sobre las semanas cotizadas, parcialmente cierto que sí se trasladó del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, pero, no es cierto que no se le haya dado la información suficiente sobre el traslado. No es cierto, puesto que, hubo un asesor el cual analizó la situación del demandante, de igual manera, no es acertado decir que al demandante no se le explicó los beneficios y consecuencias, pues, para la época no se contaba con una disposición normativa que obligara a los fondos de pensiones consignar en actas la asesoría que se le brindaba al afiliado.

Se le explicó que su pensión dependía de capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, que entre más capital ahorrado más rápido podría pensionarse, al demandante se le informó que la rentabilidad acumulada será equivalente a la tasa interna de retorno, de esta manera, se le explicó que el valor cotizado mensual y también, cada año recibía su extracto sobre el capital ahorrado.

Respectos de los demás hechos, agregó que son ciertos y otros no le constan

Por medio de apoderado judicial contestó la demanda aduciendo ser ciertos los hechos que versan sobre las semanas cotizadas, la solicitud que elevó el demandante para obtener el formulario de afiliación e historia laboral etc., sobre la respuesta que emitieron, de igual forma los que tratan sobre la petición que realizó el actor para trasladarse de régimen y la respuesta negativa que le dieron. Agregó que los demás hechos no son ciertos y otros no le constan.

Propone las excepciones de mérito de: *“Buena fe y no procedencia de condenas en costas”*.

2.3.2. COLPENSIONES

Mediante apoderado judicial contestó la demanda exponiendo que no le constan ciertas afirmaciones de los hechos, que, es cierto que se efectuó el traslado, mas no le consta que no haya recibido la información necesaria por parte del fondo privado. Afirmó, que la parte demandante presentó solicitud ante COLPENSIONES, pero este, no acredita los requisitos establecidos por la ley para su traslado al Régimen de Prima Media, de igual manera, COLPENSIONES, entregó copia de la historia laboral al demandante y propuso como excepciones de fondo *“Inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción extintiva de la acción, buena fe, innominada o genérica, compensación y cobro de lo no debido”*.

2.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

A través del fallo de primera instancia del 20 de septiembre de 2022, el Juez Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, declaró la nulidad del traslado de régimen pensional del demandante, que hizo del ISS a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado del señor CESAR AUGUSTO MARTÍNEZ ARROYO, junto con el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y 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. Así mismo, declaró no probadas las excepciones propuestas conforme a la parte motiva de la providencia y condenó en costas a COLFONDOS S.A.

2.4.1 PROBLEMA JURÍDICO ABORDADO EN PRIMERA INSTANCIA.

Se fijó la litis en determinar

“Si es ineficaz el traslado que realizó el señor CÉSAR AUGUSTO MARTÍNEZ ARROYO del régimen de prima media con prestación definida administrado antes por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por el fondo de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A., en caso afirmativo debe determinar el despacho si se debe condenar y/o ordenar a la administradora de fondo de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A. trasladar los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con los respectivos frutos intereses y cualquier suma que hubiese recibido con destino a COLPENSIONES, o si por el contrario prosperan las excepciones que han sido propuestas por las demandadas en contra de las pretensiones de la demanda”.

Como fundamento de la decisión expresó lo siguiente:

Menciona el juzgado que la ley 100 de 1993, estableció un modelo dual en el sistema general de dos regímenes diferentes, siendo el primero, el Régimen de Ahorro individual con Solidaridad -RAIS-, el cual es administrado por los fondos privados de pensiones, y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD- administrado por el antes Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES.

Por lo anterior, el afiliado tiene la libertad de escoger el régimen ordinario pensional al que quiera permanecer, todo, con la posibilidad de trasladarse de régimen, así lo ha manifestado la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la ley 100.

¿Desde cuándo existe el deber de información y asesoría a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)?; Las administradoras de

pensiones que emanan de la buena fe, la transparencia, vigilancia y el deber de información, que debe comprender todas las etapas del proceso, las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, que la comprometa a un ejercicio mas activo al proporcionar información sobre los beneficios o inconvenientes, este, tiene su fuente en la falta de ilustración en la que incurrió la administradora.

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 y haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria no es suficiente para la validez del acto; y (iii) la carga de la prueba se invierte en favor del demandante que no recibió la información debida cuando se afilió.

Por consiguiente, se determinó en declarar la ineficacia del traslado, lo cual, 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.

2.5 RECURSO DE APELACIÓN.

2.5.1 DE LA PARTE DEMANDADA

2.5.1.1 COLPENSIONES

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia teniendo en cuenta el siguiente tópico:

- ✓ Manifestó que la parte demandante no cumplía con los requisitos para efectuar el traslado del RAIS al Régimen de Pirma Media.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.6.1 DE LA PARTE RECURRENTE

Mediante proveído de fecha 22 de junio de 2023 se corrió traslado a la parte recurrente a efectos de presentar alegatos, y según se observa en constancia secretarial de fecha 07 de julio de 2023 fue presentado dentro del término, esgrimiendo los siguientes argumentos:

Establecido el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2002, el cual manifestaba que, cuando se hace el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad de forma libre y voluntaria, esto,

produce la pérdida del régimen de transición. Por tal razón, al acogerse al régimen de ahorro individual con solidaridad por la parte demandante, le ha hecho perder los beneficios del régimen de transición.

De igual manera, expresa, que, bajo sus argumentos jurisprudenciales, la parte demandante no cumple con los requisitos o reglas para hacer efectivo el traslado, toda vez que no cuenta con quince años de cotizaciones o servicios cotizados al momento de la vigencia del Sistema de Seguridad en Pensión.

2.6.2 DE LA PARTE NO RECURRENTE.

Mediante proveído de fecha 12 de julio de 2023 se corrió traslado a la parte recurrente a efectos de presentar alegatos, y según se observa en constancia secretarial de fecha 27 de julio de 2023 lo cual, no fue presentado dentro del término.

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 el apoderado judicial, razón por la cual debe ceñirse al 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. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Corresponde a esta colegiatura, 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?

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

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 en el presente caso la parte demandante, pretende que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el I.S.S., hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., el 06 de julio de 1999.

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

El Juzgado de primera declaró la Ineficacia del traslado de régimen pensional y condenó a COLFONDOS S.A a realizar el traslado a COLPENSIONES de todo lo ahorrado en su cuenta individual, bono pensional etc., y además condenó a COLPENIONES a que active la afiliación del demandante y reciba la totalidad de lo ahorrado por este.

Por lo dicho, corresponde a esta Magistratura dilucidar el presente asunto

¿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 COLFONDOS 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 ineffectividad del negocio jurídico con efectos retroactivos, como lo es la nulidad, recayendo así, la carga probatorio 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 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”

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

- Archivo digital 02 Demanda laboral **Folio 10-13**. Cuaderno primera instancia. Derecho de petición, solicitud información de la afiliación al fondo de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A., del señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ ARROYO, con radicado 201216-000990, de fecha 16 de diciembre del año 2020, documento necesario para conocer la información de la afiliación del demandante al fondo de pensiones COLFONDOS S.A., respuesta que será útil para el conocimiento de las copias de los documentos en los que soporte la asesoría brindada por COLFONDOS S.A.
- Archivo digital 02 Demanda laboral **Folio 49**. Cuaderno primera instancia.

Solicitud de vinculación o traslado al fondo de cesantías y pensiones obligatorias. No 7154791, se tendrá en cuenta para evidenciar que el demandante se afilió e hizo el traslado de régimen.

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 COLFONDOS SA., 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 la 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 N° 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”

Por todo lo ampliamente expuesto, encuentra este cuerpo Colegiado, que el traslado que realizó el señor CESAR AUGUSTO MARTÍNEZ ARROYO del Régimen de Prima Media con Prestación definida en cabeza de COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en este caso por COLFONDOS S.A., no se encuentra ajustado a las disposiciones jurisprudenciales y legales, en vista que era deber de, inicialmente, al fondo privado, demostrar durante el proceso que realizó una debida asesoría a la demandante y no limitarse al pronunciamiento que el demandante suscribió un formato de afiliación preimpreso. Además, así mismo recae responsabilidad sobre COLPENSIONES, por no realizar una oportuna diligencia informativa sobre la actora al comunicar que se retiraba del fondo.

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

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

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

Asimismo, es necesario 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 de noviembre de 1994, 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 el señor CESAR AUGUSTO MARTÍNEZ ARROYO del Régimen de Prima Media con Prestación definida en cabeza de COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en este caso por la COLFONDOS S.A., no se encuentra ajustado a las disposiciones jurisprudenciales y legales, en vista que era deber de, inicialmente, COLFONDOS S.A., 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 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 Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, Cesar, en calenda del 20 de septiembre de 2022, dentro del Proceso Ordinario Laboral adelantado por el señor CESAR AUGUSTO MARTINEZ ARROYO en contra COLFONDOS S.A y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia judicial.

TERCERO: NOTIFICAR 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