

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

SENTENCIA LABORAL.

Diecinueve (19) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Aprobado mediante acta No.0109 del 19 de julio de 2023

RAD: 20001-31-05-004-2022-00053-01 Proceso ordinario laboral promovido por MÓNICA LOURDES MORÓN COTES contra PROTECCIÓN y otros.

1.OBJETO DE LA SALA.

En aplicación de la ley 2213 del 13 de junio del 2022, en su artículo 15, la Sala Tercera 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 sobre la apelación incoada por los apoderado judicial de las accionadas a la sentencia proferida 02 febrero 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso de la referencia.

2. ANTECEDENTES.

2.1. DEMANDA Y CONTESTACIÓN.

2.2. HECHOS.

2.2.1. Manifestó la señora MÓNICA LOURDES MORON COTES, que comenzó a laborar el 05 de mayo de 1989, para la caja de compensación familiar del Cesar en la ciudad de Valledupar, que desde esa fecha inició a cotizar pensión en el régimen de prima media al extinto instituto de seguros sociales ISS, hoy COLPENSIONES S.A., a través de varios empleadores hasta noviembre de 1994, fecha en la que indicó que se produjo su afiliación al fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A.

2.2.2. Precisó que cuando ocurrió su traslado no le brindaron ninguna información al respecto sobre las consecuencias de dicho traslado, que fue en ocasión a una

campaña que propiciaron los fondos de pensiones para captar el mayor número de afiliados.

2.2.3. Que para la época de los hechos, devengó como empleada del SENA \$7.464.844, que al realizar una simulación de su pensión por parte de PROTECCIÓN S.A. a 6 de agosto del 2020, indicó que se encontró que su mesada pensional ascendía a la suma de \$1.766.000 aplicando la tasa de reemplazo del 18.33%, que es notorio el perjuicio sufrido por la actora al cambiarse de régimen pensional sin una asesoría adecuada, alegó que se debería haber liquidado su pensión con el promedio de los últimos 10 años, con una tasa de reemplazo del 70%, como mínimo, que le arrojaría una pensión cercana a los \$5.225.390.

2.2.4. Que la falta de información infringió la libre escogencia del régimen pensional.

2.3. PRETENSIONES:

2.3.1. Solicita la actora que se declare la nulidad del traslado que efectuó en el mes de noviembre de 1994 de COLPENSIONES S.A., a AFP PROTECCIÓN S.A., que, como consecuencia de ello, se ordene a PROTECCIÓN S.A., a trasladar los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES.

2.3.2. Así mismo, pretende que se ordene a COLPENSIONES, una vez cumplido lo ordenado a PROTECCIÓN S.A., a aceptar el traslado de la señora MÓNICA LOURDES MORON COTES del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida y que se condene en costas a las entidades demandadas.

2.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.4.1. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

2.4.1.1. En relación a los hechos manifestó que no eran ciertos o que no le constan, indicando que la actora se afilio de manera libre, voluntaria y sin presión alguna suscribiendo formulario de afiliación previa asesoría.

2.4.1.2. Se opuso a todas las pretensiones y condenas, alegando que carecen de todo punto legal, contractual y reglamentario. En su defensa, presentó las siguientes excepciones *“Prescripción, improcedencia de la declaratoria de nulidad e ineficacia del traslado, falta de controversia, firmeza del consentimiento del traslado del RMPD y la afiliación al RAIS, Inexistencia de la obligación de devolver el segundo 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, art 20 y 108 ley 100 de 1993, Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad, ausencia absoluta de responsabilidad, inexistencia de la obligación y causa para pedir, improcedencia de condena en costas, compensación, buena fe, genérica”*.

2.4.2. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”.

2.4.2.1. Manifestó que no constarle los hechos, alegando que los mismos hacen referencia a acciones realizadas por terceros ajenos a la entidad.

2.4.2.2. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expresando que carecen de fundamento legal y factico, en su defensa propuso las siguientes excepciones *“Inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción extintiva de la acción, buena fe, innominada o genérica”*.

2.5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

En providencia del 02 de febrero de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional la realizó la señora MÓNICA LOURDES MORÓN COTES el 25 de octubre de 1994 de COLPENSIONES a PROTECCIÓN S.A., así mismo condenó a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES el capital acumulado de la cuenta individual de ahorros de la actora, además de los rendimientos y bonos pensionales a los que haya lugar, de igual modo ordenó a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la accionante MÓNICA LOURDES MORÓN COTES y reciba por parte de PROTECCIÓN S.A., la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, declaró no probadas las excepciones perentorias por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., se condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

2.5.1. FIJACIÓN DEL LITIGIO EN PRIMERA INSTANCIA.

Se fijó la litis en establecer si se debe declarar la nulidad o ineficacia del traslado realizado por MÓNICA LOURDES MORÓN COTES en el mes de noviembre de 1994 de la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, a la PROTECCIÓN S.A, y como consecuencia de lo anterior condenar a la accionada PROTECCIÓN S.A. a trasladar los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivo frutos e intereses a COLPENSIONES, así mismo si ordenar a COLPENSIONES, una vez PROTECCIÓN S.A. cumpla lo ordenado en la sentencia, proceda a aceptar el traslado de la señor MÓNICA LOURDES MORON COTES del RAIS al RPM, costas y agencias en derecho.

2.6. RECURSO DE APELACIÓN.

2.6.1. DE LA DEMANDADA COLPENSIONES.

Inconforme con lo decidido por el togado de primera instancia, en resumen, apeló en los siguientes tópicos:

- ✓ Que no se puede conceder lo pretendido por la actora, esto es, la ineficacia del traslado, alegando que no hubo vicio en el consentimiento.
- ✓ Aunado a ello, precisó que la decisión tomada por el A-quo sobre la litis, no fue acorde a derecho toda vez que no aplicó normativa vigente para la época de los hechos.

2.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

2.7.1. DE LA PARTE RECURRENTE.

De conformidad con lo establecido por ley 2213 de 2022, a través del auto expedido del 02 de marzo de 2023, se corrió traslado a la parte recurrente, notificado por Estado 27 del 06 de marzo del 2023, para que presentara sus alegatos, de conformidad con la constancia secretarial del 24 de marzo del 2023, se avizora los siguiente:

COLPENSIONES.

En resumen, la accionada manifestó que se debe revocar la sentencia emitida por el Juzgado de instancia, porque la demandante decidió trasladarse de manera libre y voluntaria de régimen pensional, que bajo los parámetros SL17595 del 2017 del 18 de octubre del 2017, no se evidencio al momento de la elección de régimen por parte de la actora, alguna falta de información o que se haya inducido al error o engaño por parte de los funcionarios de PROTECCIÓN S.A. que en ese sentido al no existir ningún vicio de consentimiento, se debe de revocar la sentencia proferida.

2.7.2 DE LA PARTE NO RECURRENTE.

De conformidad con lo establecido por ley 2213 de 2022, a través del auto expedido el 27 de marzo del 2023, se corrió traslado a la parte NO recurrente, notificado por Estado 40 del 28 marzo del 2023, para que presentara sus alegatos, sin embargo, de conformidad con la constancia secretarial del 19 abril del 2023, se observa que no presentó los alegatos.

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 la demandada, 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.

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.

En atención a los reparos solicitados por el accionante, encuentra esta magistratura que los problemas a desatar son:

¿Debe declararse la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la demandante, por no haberse acreditado que en el acto de afiliación se le

brindó información suficiente, clara y veraz sobre las implicaciones de los regímenes pensionales existentes?

3.3 FUNDAMENTO NORMATIVO.

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"***

3.4. FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL.

3.4.1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN LABORAL.

3.4.1.1 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.”

3.4.1.2 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.

Del presente caso se tiene que la accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado de régimen de Prima Media con Prestación Definida a él Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, alegando que el fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A. no cumplió con el requisito y deber de informar con suma diligencia las ventajas y desventajas de cambiar de régimen. Como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen, solicita que sea devuelta al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por COLPENSIONES.

COLPENSIONES, negó los hechos, y se opuso a las pretensiones manifestando que la actora no cumple con los requisitos de cambio de régimen.

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones alegando que cumplió y fue diligente al momento de brindarle la información correspondiente y pertinente sobre lo que implicaba cambiar de régimen.

La Juez de primera instancia, condenó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, 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,

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 la demandante, por no haberse acreditado que en el acto de afiliación se le brindó información suficiente, clara y veraz sobre las implicaciones de los regímenes pensionales existentes?

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, 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 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 PROTECCION, cumplió con ese deber objetivo de informar adecuadamente a la señora MÓNICA LOURDES MORÓN COTES sobre las particularidades del cambio de régimen, para ello se tiene:

- ✓ Constancia de historial de vinculaciones donde consta que el traslado de régimen se dio desde COLPENSIONES hacia PROTECCION, con efectividad desde el 1° de noviembre de 1994.
- ✓ Historia laboral de la señora MÓNICA LOURDES MORON COTES, en la que se avizora el total de semanas cotizadas de la actora, esto es, desde el 05 de 1989 hasta el 05 de 2022. (historia laboral aportada en el expediente digital por parte de PROTECCIÓN S.A.).
- ✓ Certificado de afiliación de la señora MÓNICA LOURDES MORON COTES al fondo de cesantías PROTECCIÓN S.A., expedida el 22 de febrero de 2022.

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 a PROTECCION SA., brindaría una serie de beneficios mayores diferentes al

fondo en el que se encontraba afiliada, y así mismo destacar los putos 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 la señora MÓNICA MORÓN del Régimen de Prima Media con Prestación definida en cabeza de COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en este caso por PROTECCION SA., 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 la señora MÓNICA LOURDES MORÓN COTES 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 suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma el mentado deber (CSJ 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 la señora MÓNICA LOURDES MORON COTES del Régimen de Prima Media con Prestación definida en cabeza de COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en este caso por la PROTECCIÓN S.A., no se encuentra ajustado a las disposiciones jurisprudenciales y legales, en vista que era deber de, inicialmente, PROTECCIÓN 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.

5. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad, la sentencia proferida el 02 febrero 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario promovido por la señora MÓNICA LOURDES MORON COTES contra PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a las partes demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., fíjense como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo mensual vigente, liquídense como seña el artículo 365 y 366 de CGP.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión a las partes. Para tal efecto remítase a la Secretaría de este Tribunal para lo de su competencia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

SIN NECESIDAD DE FIRMAS

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

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ.
Magistrado
(Con ausencia justificada)