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

30 de agosto de 2021

Aprobado mediante acta N° 004 de fecha 30 de agosto de 2021

RAD: 20-001-31-05-002-2019-00219-01. Proceso ordinario laboral promovido por MARIA CRISTINA MEZA SORACA contra, PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTIAS & ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

1. OBJETO DE LA SALA

En aplicación del decreto 806 del 4 de junio de 2020, en su artículo 15, la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, Cesar, integrada por los Magistrados **ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ, JESUS ARMANDO ZAMORA SUAREZ** (impedido) y **JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH** quien la preside como ponente, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 27 de febrero de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso de la referencia.

2. ANTECEDENTES.

2.1. DEMANDA Y CONTESTACIÓN

2.1.1 HECHOS

2.1.1.1 MARIA CRISTINA MESA SORACA, informa que cotiza al sistema general de la seguridad social desde el año 1985.

2.1.1.2 En el año 1994 se trasladó al RAIS.

2.1.1.3 Dicho traslado se dio sin el cumplimiento de requisitos tales como informar veraz, completa; sin el consentimiento informado. Además de omitió el consentimiento informado.

2.1.1.4 La falencia anterior configura un vicio en el consentimiento.

2.1.1.5 El fondo privado desmejora los derechos de la seguridad social y pensionales de la afiliada.

2.1.1.6 Solicitó de manera directa al fondo privado y al público, el traslado, recibiendo respuesta negativa.

2.2. <u>PRETENSIONES</u>.

2.2.1. Que se declare la nulidad del traslado de régimen realizado en el año 1994 por la demandante, realizada al fondo privado, como el traslado de régimen pensional, devolver todos los valores que se hubieren recibido con motivo de la afiliación, el pago de frutos e intereses moratorios, se condene a COLPENSIONES recibir los emolumentos antes enunciados.

2.2.2. Subsidiariamente a la anterior declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

2.3. <u>CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.</u>

2.3.1. La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a través de apoderado judicial contestó la demanda con proposición afirmativa respecto del término de inicio de la afiliación al sistema general y el traslado al fondo privado; señaló no constarle las demás. Agrega que se opone a las pretensiones así mismo indicó que el traslado fue una decisión voluntaria de la actora que no estuvo viciada de consentimiento, oponiéndose a las pretensiones por considerar que carecen de fundamento fáctico y legal, como tampoco estar declarada la nulidad del traslado de la actora. Propone como medios exceptivos los denominados “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES O DERECHOS RECLAMADOS”, “PRESCRIPCIÓN” “COBRO DE LO NO DEBIDO” “FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA” “BUENA FÉ” “INNOMINADA O GENÉRICA”.

2.3.2. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda, indicando que no le constan los hechos de los hechos. ACEPTO el traslado; Adiciona el traslado se realizó mediante una

decisión informada, que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, hecho que se encuentra acreditado en el formulario transcrito, por tanto, no existe vicio del consentimiento. Sobre el restante de los hechos indica no constarle por tratarse de hechos que escapas a la esfera de su conocimiento. Se opone a la prosperidad de las pretensiones y propone como medios exceptivos de mérito los denominados:

a) "PRESCRIPCION Y CADUCIDAD"
b) "IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL TRASLADO"
c) "FIRMEZA DEL CONSENTIMIENTO DEL TRASLADO DE REGIMEN Y AFP"
d) "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O EFICACIA DE LA AFILIACION POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE. ART 20 Y 108 LEY 100 DE 1993"
e) "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE DEVOLVER LA COMISION DE ADMINISTRACION CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACION POR FALTA DE CAUSA. ARTICULO 20 LEY 100 DE 1993 MOD LEY 797 /2003"
f) "AUSENCIA ABASOLUTA DE RESPONSABILIDAD"
g) "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y CAUSA PARA PEDIR"
h) "IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS"
i) "COMPENSACION"
j) "BUENA FE"
k) "GENÉRICA O INNOMINADA".

2.4. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**.

2.4.1 PROBLEMA JURÍDICO ABORDADO.

> *"Si es ineficaz el traslado de MARIA CRISTINA MEZA SORACA, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el antes ISS, hoy COLPENSIONES, al Régimen de ahorro individual con Solidaridad, administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN SA.*
> *En caso afirmativo, si procede ordenar a PROTECCION S.A., el traslado de los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses y cualquier suma que hubiese recibido, con destino a COLPENSIONES."*

Como fundamento de su decisión expuso lo siguiente:

(…)
" En el caso de marras, consta a fls 31, que MARIA CRISTINA MEZA SORACA se afilió en pensiones al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, ISS, el 20 de enero de 1985, que administra el RPMD, trasladándose al RAIS administrado por

PROTECCIÒN S.A., 7 de febrero de 1997, fls 137 y 138, esta gestora, tenía la obligación legal de informar al demandante de las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, liquidación de su pensión, monto, etc., lo que incumplió, del formulario de afiliación solo se extrae que existe una manifestación pre impresa, no espontánea, de trasladarse libre y voluntariamente, pero ello no es suficiente para concluir, que se suministró un conocimiento informado, ni se subsana mencionando la obligación de conocer la ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios.

Es la gestora receptora, como organismo especializado y perito en el manejo de la seguridad social en pensiones, quien tiene los conocimientos, experticia y personal entrenado para explicar con claridad a su potencial afiliado, antes de que tome la decisión, en qué consisten los dos regímenes, sus características y bondades, salario de liquidación, monto de pensión, ventajas económicas sobre el otro régimen, etc., por tratarse de un mercado especializado e híper regulado que desconocen los legos usuarios, para que la decisión de traslado no sea una mera captación de un cliente, sino una opción debidamente clara y con ventajas comprensibles para el nuevo usuario.

En el interrogatorio de la demandante no se vertió confesión sobre estos aspectos fundamentales, por el contrario, se dejó sentado que la información no fue personalizada sino grupal, que se les informó que el régimen público desaparecería y no se le ofreció un cálculo estimado del monto de la futura prestación, ni su diferencia en cuantía respecto del otro régimen. Respecto al formulario de vinculación de folio 137, manifestó que no recuerda su contenido, que se firmaron masivamente, con un tiempo limitado para ello.

El vacío probatorio no se subsanó con las documentales aportadas al plenario, no cumplió Protección S.A. con la carga de acreditar que suministró un conocimiento informado, por el contrario, por su inasistencia injustificada a la audiencia de conciliación, art. 11 de la ley 1149 de 2007, se declaró cierto por presunción la falta de información, conocimiento y suficiente asesoría para justificar el traslado de régimen del RPMD AL RAIS, no se explicó las consecuencias, ventajas o desventajas de la decisión tomada, más, si la afiliada contaba con expectativas legitimas de pensionarse conforme al régimen público, que desde luego podría serle más favorable, lo que sustentaría la declaratoria de ineficacia del traslado y acoger las pretensiones de la demanda.

La declaratoria de ineficacia, implica privar de todo efecto jurídico práctico al traslado que realizó el actor llevado por Protección S.A., como si no se hubiera dado, o, más bien, declarar que siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrada por la hoy Colpensiones, consecuencia de ello, es la ineficacia desde el momento del traslado de manera insanable."

(…)

"En consecuencia, por declararse la ineficacia del traslado a PROTECCIÒN S.A., implica que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la afiliación ilegal, que es la afiliación al RPMPD, y como consecuencia natural la gestora

privada, devolverá a Colpensiones sin excepción, todos los valores que hubiere recibido como causa de la afiliación ineficaz o cotizaciones de la demandante, como si esta nunca hubiere salido del sistema público pensional, tales por vía de ejemplo: cotizaciones, bonos pensiónales, sumas adicionales de la aseguradora, cuotas de administración, frutos, intereses o cualquier otra suma, artículo 1746 del C.C., inclusive los rendimientos que se hubieren causado."

2.5. <u>RECURSO DE APELACIÓN</u>.

2.5.1. PROTECCION: No asistió a la audiencia de Juzgamiento.

2.5.2. COLPENSIONES por su parte argumenta:

2.5.2.1 La doble asesoría como requisito y facultad del afiliado, el cual no estaba vigente al momento de realizarse el traslado, lo cual socaba el principio de confianza legitima, arguyendo que se violenta el debido proceso constitucional y el principio de legalidad.

2.5.2.2 Respecto a la carga de la prueba, entre el año 1994 y 2016, el lleno de los formularios era el único requisito para probar la intención del afiliado para trasladarse, por lo cual pedir cualquier otro requisito para probarlo se constituye en una carga imposible para los demandados.

2.5.2.3 Perdió el régimen de transición y no cumple con los 15 años de cotizaciones antes de 1994.

2.5.2.4 Existe prohibición legal para traslado entre regímenes como quiera que le faltan menos de 10 años para pensionarse.

2.6. <u>ALEGATOS DE CONCLUSIÓN</u>

2.6.1 De la parte demandada COLPENSIONES

Pese a que por medio de proveído de 30 de julio de 2021 se le corrió traslado para que presentara alegatos, este no los presentó.

2.6.2 De la demandada PROTECCION PENSIONES Y CESANTIAS.:

Pese a que se le corrió traslado por medio de auto de 30 de julio de 2021 no presentó alegatos de conclusión

2.6.3 El demandante:

En virtud de proveído adiado 12 de julio de 2021 se corrió traslado para que la parte presentara alegatos conforme al Decreto 806 de 2020. Dentro de la legalidad del

término intervino el apoderando judicial del demandante quien reafirma alegatos de conclusión referido en Primera Instancia.

De modo que, el apoderado judicial de MARIA CRISTINA MEZA SORACA, pretende mantener en firme la sentencia proveída en primera instancia por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar y se lleve a su ejecución el traslado de fondo pensional.

En suma, manifiesta que para las administradoras de fondos de pensiones a través del Decreto 656 de 1994 se creó la obligación y responsabilidad para tramites respecto del traslados exigiendo ser claros y cuidadosos, que no se agota solo con la firma.

Indicando que el afiliado se le debe brindar una información clara y que este conozca las consecuencias de desistir del régimen administrado por COLPENSIONES, especialmente las negativas, del que manifiesta que en consecuencia de no ser de esa manera se configurar un vicio en el consentimiento del afiliado de conformidad con el canon 13 de la ley 100 de 1993 y a su vez con las características indicadas por la Corte en su Sentencia SL1452-2019 RAD. 68852 del 3 de abril de 2019.

Respecto a la carga de la prueba recae sobre quien debió emplearla.

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 parte demandada (apelo un solo sujeto procesal de la parte demandada COLPENSIONES), 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.

Examinado el proceso, se observa la debida integración de la Litis, pues se constituyó como parte la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO,** (folio 53)

3.2 COMPETENCIA.

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

3.3 PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el demandante, por no haberse acreditado que en el acto de afiliación se le brindó información suficiente, clara y veraz sobre las implicaciones de los regímenes pensionales existentes?

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

3.4 NORMATIVIDAD

3.4.1 DECRETO 663 DE 1993: ART 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, ARTICULO 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.***

3.3 PRECEDENTE VERTICAL

3.3.1 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

3.3.1.1 REGLAS APLICABLES PARA TRASLADO DE REGÍMENES PENSIONALES.

3..3.1.1.1 UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA SOBRE TRASLADO DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL

CASO DE BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN (Corte Constitucional, sentencia SU 130 de 2013, MP Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO)

"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.

3.3.1.2 TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL CUANDO AL AFILIADO LE FALTAREN DIEZ AÑOS O MENOS PARA CUMPLIR EDAD (Corte Constitucional, sentencia SU 130 de 2013, MP Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO)

"En el caso de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, tuvieren treinta y cinco (35) años o más si son mujeres, o cuarenta (40) años o más si son hombres, éstas pueden trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, salvo que les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, evento en el cual no podrán ya trasladarse. En todo caso, de ser viable dicho traslado o haberse efectuado el mismo al momento de proferirse la presente providencia, ello no da lugar, bajo ninguna circunstancia, a recuperar el régimen de transición."

3.3.2 JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

3.3.2.1. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RESCISORIA DEL ACTO O CONTRATO EN MATERIA PENSIONAL (Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, SL 5470, sentencia de 30 de abril de 2014, radicación 43892, MP Dr. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ)

"Lo cierto es que esa normatividad le creó una expectativa legítima respecto del régimen de transición que le permitía acceder al derecho especial, con las exigencias en ella previstas, lo cual es susceptible de protección y no podría ser desconocido por el legislador, porque tal entendimiento resultaría regresivo y contrariaría el ordenamiento superior, concretamente los principios consagrados en el artículo 48 de la Carta que entroniza a la seguridad social ***como un derecho irrenunciable*** *y tiene en el principio de progresividad uno de sus báculos."*

3.3.3.2. EL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIÓN CONFORME A LAS REGLAS CIVILES Y COMERCIALES (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL-19447, sentencia del 27 de septiembre de 2017 MP Dra. GERARDO BOTERO ZULUAGA)

…" Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, ***correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo*** *y, en este específico caso* ***ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona****, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.*

Por demás las implicaciones de ***la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional****, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos,* ***escoger las mejores opciones del mercado****».*

3.3.3.3. SOBRE LA MANIFESTACIÓN LIBRE Y VOLUNTARIA (Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, SL17595-2017, sentencia de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, MP Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA)

"Aquí y ahora, se recuerda que no es dable argüir que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda

tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito."

3.3.3.4. INEFICACIA DEL TRASLADO PENSIONAL IMPLICA QUE DESDE SU NACIMIENTO EL ACTO JURIDICO CARECE DE EFECTO ALGUNO, ESTO SIN DECLARACION JUDICIAL. LA DECLARACION DE INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL ES IMPRESCRIPTIBLE. (Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, SL1689-2019, sentencia de 8 de mayo de 2019, radicación 65791, MP Dr. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.)

PENSIONES » AFILIACIÓN » TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL » INEFICACIA - La ineficacia del traslado pensional se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial, por lo que la sentencia que la declara lo que hace es comprobar un estado de cosas que surgen antes de la litis Tesis: «Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de "ineficacia", en la medida que esa consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque, desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la Litis». PROCEDIMIENTO LABORAL» PRESCRIPCIÓN» ACCIONES PENSIONALES - La declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por tanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social -la prescripción no es de aplicación automática

3.3.3.5. EL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIÓN (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad No.5462, sentencia del 10 de diciembre de 2019 MP Dra. ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA)

*Como punto de partida, es necesario poner de presente que las administradoras de pensiones, como las instituciones expertas encargadas del manejo de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, tienen un deber a su cargo, instituido por la ley, de brindar información clara y suficiente a sus afiliados, entre otros asuntos, en lo concerniente al cambio o traslado de un vinculado de un régimen pensional a otro. "**La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.**"*

Es así como existe, en cabeza de dichas entidades, la obligación de informar de manera clara, idónea y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que implica para el afiliado vincularse o trasladarse de un régimen de pensiones a otro.

(…) Por ello, se reitera, que es imprescindible el cabal cumplimiento de este deber, pues de lo contrario, podría derivar en afectaciones de gran envergadura para aquellos que participan en el régimen de pensiones como vinculados.

Debe resaltarse que el derecho de información a cargo de las administradoras existe desde la creación del sistema de seguridad social actual, en virtud de la Ley 100 de 1993. Lo anterior es resaltado por la Sala, en sentencia CSJ SL1688-2019, quien hace un recuento sobre la evolución normativa de dicho deber. En la providencia, se concluye que el deber de información es ineludible, por lo que debe ser observado con el mayor rigor por parte de los jueces de instancia.

(…)

Se encuentra acreditada la ineficacia del traslado de régimen pensional del afiliado lo cual trae como consecuencias retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, la recuperación del régimen de transición y que el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad deba devolver al sistema los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración."

3.3.3.6. LA EXISTENCIA DE DOCUMENTOS SUSCRITOS POR EL AFILIADO, NO ES PLENA PRUEBA DE HABER SUMINISTRADO INFORMACION SUFICIENTE. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL373-2021, Rad No.84475, sentencia del 10 de febrero de 2021; MP Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO)

"De entrada, anticipa la Sala que el recurrente tiene razón en su argumento, puesto que las documentales referidas no dan cuenta que la AFP hubiese cumplido con su obligación de suministrar información necesaria y transparente en la forma en que lo ha entendido la jurisprudencia. En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado». En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019).

En este asunto, la información de la documental de folios 124 a 126, únicamente se centra en la situación actual y potencial de Cárdenas Gil en el RAIS, sin referirla o contrastarla con las ventajas que ofrecía el sistema público alterno, administrado por Colpensiones, incluido el régimen de transición del que era beneficiario. En efecto, el

formato de reasesoría contiene unas preguntas de selección múltiples, en las que el afiliado tiene la opción de marcar la afirmación o respuesta que considera correcta. Las preguntas tienen que ver con su edad, salario, años de servicio, si tiene bono emitido, el motivo por el que solicitó reasesoría, el canal de atención, el resultado del cálculo y la decisión del afiliado. De este formulario, no es dable deducir que el demandante recibió información clara, precisa y oportuna respecto a su situación actual y futura comparada con la que tendría en el régimen de prima media con prestación de definida ni de las ventajas del régimen de transición que lo cobijaba. En cuanto al formulario de afiliación y su anexo, no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contienen datos que el afiliado le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios. El anexo es un cuestionario a diligenciar por el afiliado, en el que se le pregunta genéricamente si fue informado y asesorado por el Ejecutivo Comercial de la AFP y si desea estar vinculado a Protección S.A. El formato solo permite dar respuesta en términos de SI o NO, sin más detalles. También se interroga sobre el salario y se hace un cálculo estimado del valor de la mesada pensional bajo el régimen privado, sin comparación alguna con el sistema público de pensiones ni consideraciones adicionales.

Como se puede advertir, ninguno de esos documentos contiene datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones. Toda la información que se le brindó gravitó sobre el propio régimen privado, situación que claramente produce un sesgo en el afiliado por ignorancia o desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema pensional alterno."

3.3.3.7. OBLIGACION DE INDEXAR LAS SUMAS ORDENADAS EN LA DEVOLUCION DE SALDOS Y APORTES: COMPRENDE TODOS LOS APORTES REALIZADOS INCLUYENDO GASTOS DE ADMINISTRACION. PROHIBICION DE DESCONTAR GASTOS DE ADMINISTRACION COMISIONES U OTROS (Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, SL 1917, sentencia de 10 de mayo de 2021, radicación 87820, MP Dr. CARLOS ARTIRO GUARIN JURADO)

"De otra parte, en lo atinente a los efectos que genera la ineficacia del traslado, la Sala ha insistido que estos conducen a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes del cambio de régimen pensional, lo que apareja que Protección S. A. devuelva al RPMPD, en cabeza de Colpensiones, los aportes, bonos pensionales, rendimientos financieros y gastos de administración, es decir, todo lo acumulado por el afiliado, sin descontar valor alguno por concepto de cuotas de administración y comisiones.

Así se dejó sentado, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1688-2019.

Además, se ordenará la indexación de esas sumas, para no afectar financieramente el régimen de prima media con prestación definida.

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.

En efecto, en la última providencia se señaló:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:
[…]
«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.

Por lo descrito, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia, para en su lugar, i) declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por Luz Stella Sánchez Aguilar al RAIS, el 1° de febrero de 1998; ii) ordenar a Protección S. A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de Luz Stella Sánchez Aguilar, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones"

3.3.3.8. DOCTRINA PROBABLE: Visto el reiterado precedente, donde no solo existen tres decisiones que atienden asuntos análogos, sino una sólida posición reafirmada por más de tres años en redundantes sentencias, puede afirmarse que la línea es sólida y pacífica, por tanto, es menester acatarla como fuente de derecho para los asuntos que guarden identidad.

Adicional a las sentencias antes citadas se han presentado otras, entre ellas**:** sentencia SL4360-2019, radicación 68852 del 9 de octubre de 2019 MP Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sentencia SL4343-2019 radicación70632 del 24 de septiembre de 2019 MP Dra. Ana María Muñoz Segura, sentencia SL1452-2019, Radicación No. 68852 del 3 de abril de 2019, MP Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sentencia SL771-2019**,** radicación No. 66406 del 19 de febrero de 2019 MP Dr. Santander Rafael Brito Cuadrado y en las sentencias SL037-2019, Radicación No. 53176 del 23 de enero de 2019 MP Dr. Ernesto Forero Vargas, que indicaron en síntesis que es una obligación que cuando un afiliado toma la importante decisión de trasladarse de régimen, las administradoras de pensiones

están obligadas a suministrarle información suficiente, clara y calificada, con el fin de ilustrarlo adecuadamente sobre las consecuencias de su decisión, para que no se incumpla lo que la Corte a denominado “deber de información”, y evitar perjuicios a los mismos; Aunado a lo anterior, la Corte considera que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, pues no demuestran el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

4 DEL CASO EN CONCRETO

Es claro para la sala que lo solicitado por la demandante, en el presente caso es la ineficacia de su afiliación en el **RAIS** para en últimas regresar al **RPM**, considera la Sala, en atención a lo esgrimido por el apelante, oportuno estudiar inicialmente cuales son los eventos bajo los cuales puede darse el cambio de régimen pensional, bajo los parámetros constitucionales, jurisprudenciales y legales, siendo estas:

1. En cualquier tiempo, cada 5 años y siempre y cuando no le falte 10 o menos años para alcanzar la edad de pensión (artículo 13 de la Ley 100/93, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es de subsunción normativa), en este evento, solo es necesario verificar la edad del afiliado y que no haya surtido traslado dentro de los 5 años anteriores a la solicitud del cambio; *Para el caso sub examine, no* opera este precepto normativo, pues de las documentales a folio 06 se evidencia que la demandante nació el 28 de enero de 1957 contando con 60 años de edad al momento de iniciar la presente acción ordinaria para que surtiera el traslado, es decir, superando los requisitos de edad mínima exigidos por la Ley.

2. En cualquier tiempo, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición **por tiempo de servicios** (15 años o más de cotizaciones al 1 de abril de 1994), estos pueden cambiarse de régimen sin límite temporal, es decir, en cualquier tiempo, por ser los únicos que no quedan excluidos de los beneficios del régimen de transición (SU-130 DE 2013 Corte Constitucional), criterio de raigambre jurisprudencial, tema agotado por la Corte Constitucional desde el año 2002, en el cual quien estuviere cobijado por el 3 evento del artículo 36 de la ley 100, consolida una expectativa razonable del derecho, así el vaivén dentro del sistema no afecta tal condición. Este evento tampoco es satisfecho por el demandante puesto que revisado el plenario del material probatorio no puede evidenciarse que contara con 750 semanas al 1 de abril de 1994, que exige la regla jurisprudencial.

3. En cualquier tiempo, si la información proporcionada para la afiliación, no fue veraz y suficiente, con el deber del buen consejo, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes (CSJ, Sala Laboral, Rad No.31314 del 9/09/2014 MP Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón; ya ampliados dentro de los insumos jurisprudenciales. Criterio desarrollado en aplicación de normas de carácter Civiles, Constitucionales y de la Seguridad Social, en donde el ocultamiento, la inducción al error, la desinformación, constituyen vicios en el consentimiento, lo cual degenera en un faltante a los requisitos esenciales para la configuración del acto jurídico, el cual se refleja en la declaratoria de la inefectividad del negocio jurídico con efectos retroactivos, como lo es la nulidad, con un aporte importantísimo, en cuanto a la carga probatoria, y la redistribución de la misma, pues en criterio del órgano de cierre en materia laboral, la condición de salvaguarda de la información, la condición de depositario de administrador del sistema de la seguridad social, facilitan la demostración del cumplimiento de tales deberes radica en cabeza de las AFP, contrario sensu, resulta más traumático y difícil al afiliado encontrar los medios idóneos para su demostración, operando en concepto del máximo Tribunal, la redistribución de la carga probatoria, invirtiendo el deber de probar que cumplió con el deber de informar correctamente, como vía ineludible en la conformación del consentimiento.

Aquí se adentra en los recursos impetrado por los demandados**,** los cuales alegan que nunca hubo falta de consentimiento pues el traslado ocurrió por voluntad del demandante, motivo por el cual, en torno a la deficiencia de la información suficiente para determinar la decisión del afiliado quedan estas variables lógicas:

1. **Que la entidad sí suministró de forma verídica, oportuna y suficiente la información:**

Entonces el afiliado hubiese resultado beneficiado de su escogencia y hoy no tendría la necesidad de demandar el reingreso al RPM, y las pretensiones de esta demanda deberían de ser desestimadas pues afectaría el derecho final del afiliado, siendo más benéfico para este el RAIS; **si no fuere lo anterior, entonces**, consiente del menoscabo en sus intereses derivado de la información correctamente suministrada por la AFP privada, pues esta, tendría que haber mostrado infaliblemente que el RAIS era menos benéfico que el RPM. Y aun así el afiliado escogió deliberada y conscientemente trasladarse a la administradora privada.

Lo anterior permite concluir parcialmente:

a) El afiliado no resulto beneficiado con la escogencia del RAIS, porque el resultado final así lo demuestra, y porque es poco probable según las máximas de la experiencia, que una persona deliberadamente actúe en contra de sus propios intereses sin una causa o motivo las cuales no afloran en este proceso, pues ¿quién en sano uso de sus facultades mentales escoge lo que le perjudica?

Se puede inferir racionalmente de las anteriores premisas que resulta poco probable que una persona, informada debidamente, asienta con algo que lo perjudica, sin motivo alguno.

Esto desencadena el segundo asunto del mismo tópico; ¿Quién debe probar si la información fue entregada al afiliado en condiciones que le permitieran comprender el efecto que tendrían en el futuro respecto a las prestaciones sociales en juego?

Se diría en principio que la carga de la prueba radica en cabeza del afiliado quien introduce el hecho jurídicamente relevante, persiguiendo los efectos que de la norman deriva, como genéricamente ha de tratarse.

Sin embargo ¿Quién tiene el deber de documentar las condiciones individuales de los afiliados y sus novedades? No en vano se llaman **ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES,** en este caso haciendo uso de jurisprudencia de vieja data que se incorporará en el Código General del Proceso, es factible redistribuir el peso demostrativo, bajo criterios de equidad procesal, pues al afiliado le resulta mucho más engorrosa la demostración, mientras es a la administradora quien por deber legal le corresponde documentar las novedades, debiendo soportar dicha carga, esto bajo los lineamientos jurisprudenciales citados como insumo para la sentencia; es verídico que el demandante no logró demostrar las condiciones en las cuales fuera abordado y convencido por la AFP privada; **pero inversa la carga de la prueba para este caso tampoco fue demostrado por ninguno de los demandados.**

No son de recibo los dichos de la apelante Colpensiones en torno a la insinuación 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; pues aunque cierto, debe tenerse en cuenta que tal como lo señala el demandante, la misma causa para afiliarse al RAIS

le impidió ver hasta cuando ya era tarde que no le convenía; de suerte para el afiliado que los derechos conculcados son de raigambre constitucional, de naturaleza pública, por ende irrenunciables e imprescriptibles, de tal suerte que estos reparos se subsumen en las razones esgrimidas por el juzgador para resolver la prescripción alegada.

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 solo hasta esa fecha se estableció tal requisito; cuando visto esta 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 desvirtuarlo 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.*

Respecto a la devolución de aportes y otros, la conducta de abstención que asumió la Administradora del Fondo de Pensiones necesariamente conlleva el regreso del capital que contenga los frutos, intereses, incluidos los rendimientos que se hubiesen generado como lo dispone el artículo 1746 del C.C., aunado a los gastos de administración con cargo a sus recursos, por cuanto de no hacerse se generaría un detrimento patrimonial que afectaría la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Costas a cargo de la parte que le resulta desfavorable el recurso (art. 365-1 C. G. del P.).

Por último, conforme al escrito presentado por el Honorable Magistrado Dr. **JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ** en el que manifiesta su impedimento para conocer el presente proceso a la luz de lo estatuido en el numeral 2° del artículo 141 del CGP aplicable en materia laboral por remisión normativa, éste se aceptará por encontrarse debidamente configurado.

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: PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia apelada proferida el 27 de febrero de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, Cesar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARIA CRISTINA MESA SORACALICIA MERCEDES URBINA SUÁREZ** contra **PROTECCION PENSIONES Y CESANTIAS, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** por lo considerado en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a los recurrentes. Como agencias en derecho se fija el equivalente a 1 salario mínimo legal mensual, a cargo del recurrente vencido, el cual tendrá en cuenta la *iudex a quo* al momento de elaborar la liquidación concentrada de las costas.

TERCERO: Notifíquese por estado, para tal objeto remítase a la secretaria del Tribunal.

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

JESUS ARMANDO ZAMORA SUAREZ
MAGISTRADO
(IMPEDIDO)

ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
MAGISTRADO