



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL
DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR RAFAEL MARCUCCI DIAZGRANADOS

SENTENCIA ESCRITURAL AUTORIZADA POR EL DECRETO 806 DEL 2020 Y LEY 2213 DE JUNIO DE 2022 DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA JUDITH ESCORCIA ACOSTA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA E PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., RADICADO: 08-001-31-05-005-2022-00313-01

Acta No. 032

A los veintiocho (28) días del mes de junio de dos mil veinticuatro (2024), la Sala integrada por los Magistrados CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑOZ, EDGAR ENRIQUE BENAVIDES GETIAL y CÉSAR RAFAEL MARCUCCI DIAZGRANADOS quien le preside como ponente, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede a emitir sentencia escrita con la finalidad de resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Colpensiones, contra la sentencia de fecha diez (10) de agosto de 2023, dictada por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Barranquilla así como el grado jurisdiccional de consulta por resultar adversa a una entidad descentralizada respecto de la cual la Nación es garante, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T.S.S.

Seguidamente se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

La señora MARTHA JUDITH ESCORCIA ACOSTA, a través de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra de La Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, pretendiendo que se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS, efectuado por la AFP Protección S.A., el 27 de octubre de 1994. En consecuencia, se condene a Protección S.A. a restituir a Colpensiones, los valores obtenidos en virtud de su vinculación al RAIS, como cotizaciones, bonos pensionales y todos los rendimientos que hubieren causado. Igualmente solicita que se condene a la demandada Colpensiones a recibir como afiliada a la demandante, y recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el RAIS y a contabilizar las semanas cotizadas por la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Que se falle extra y ultra petita y que se condene en costas a las demandadas.



ANTECEDENTES

En resumen, narra la parte histórica del libelo demandatorio que, la señora MARTHA JUDITH ESCORCIA ACOSTA, estuvo afiliada al I.S.S. hoy Colpensiones, y que se trasladó al RAIS desde el veintisiete (27) de octubre de 1994, afiliándose a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Afirma que, al momento del traslado de régimen no fue asesorada o informada de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta por el fondo de pensiones, respecto de las diferencias entre ambos fondos, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes del RAIS y en general sobre las implicaciones sobre sus derechos pensionales.

Dice que, el día 18 de agosto de 2022, solicitó a Colpensiones mediante derecho de petición, su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin embargo, no le dieron respuesta a su solicitud.

Señala que, el día 18 de agosto de 2022 solicitó a Protección S.A., mediante derecho de petición, el traslado de régimen pensional, sin embargo, su solicitud fue rechazada por la AFP.

La Actuación Procesal: la demanda fue admitida mediante auto de fecha 28 de octubre de 2022¹, el cual dispuso la notificación a las entidades demandadas.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dio respuesta al libelo oponiéndose a cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas en la forma en que aparecen formuladas en la demanda. Propuso excepciones de mérito de inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, buena fe, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción, presunción de legalidad de actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la constitución política, adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, inaplicabilidad de normas del régimen de ahorro individual, enriquecimiento sin justa causa, imposibilidad de indemnización por costas judiciales e innominada o genérica.

La Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A, dio respuesta al libelo oponiéndose a cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas en la forma en que aparecen formuladas en la demanda. Propuso las excepciones de inexistencia de obligaciones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción, buena fe de la entidad

¹ 03.Auto202200313.AdmiteDemanda Juzgado Quinto Laboral del Circuito De Barranquilla



demandada y genérica.

Mediante auto del veintiséis (26) de junio de 2023, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla remitió el proceso al Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Barranquilla, dando cumplimiento a lo ordenado en Acuerdo CSJATA23-227 del 18 de mayo de 2023 del Consejo Seccional de la judicatura del Atlántico, así mismo el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Barranquilla mediante Veintiocho (28) de julio de 2023, avoco el conocimiento del asunto, admitió las contestaciones de la demanda y fijó fecha para la realización de la audiencia de que trata el artículo 77 y 80 del CPTSS.

Sentencia de Primera Instancia: el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Barranquilla, que conoció del presente proceso en primera instancia, mediante proveído de fecha diez (10) de agosto de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad que la señora MARTHA JUDITH ESCORCIA ACOSTA realizó a PROTECCION S.A., de acuerdo con lo dicho en las consideraciones de la presente providencia. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” en el término improrrogable de quince (15) días, contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARTHA JUDITH ESCORCIA ACOSTA, tales como cotizaciones, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, sumas adicionales de las aseguradoras con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, aportes destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán retornarse debidamente indexadas y acompañadas de la respectiva entrega del archivo y el detalle de los aportes realizados, durante la permanencia de la actora en dicha AFP.

CUARTO: ORDENAR a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, el retorno de la demandante MARTHA JUDITH ESCORCIA ACOSTA, al régimen de Prima Media con Prestación Definida y, en consecuencia, recibir todos los valores de la cuenta individual de la actora, que hubiere recibido con motivo de la afiliación, descritos en el numeral anterior.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

SEXTO: En caso de no ser apelada se ordena surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES.”

El *A-quo* hizo un relato jurisprudencial en lo atinente al deber de información y a la claridad que deben tener las AFP al momento de brindar la información a sus



afiliados, con el fin de que este comprenda cuales son las características, productos, ventajas y desventajas de cada régimen pensional.

Posteriormente, señalo que, la demandante manifiesta que al momento del traslado la AFP no le brindo la información necesaria para tomar una decisión consciente, y que por tanto era la demandada quien debía demostrar que sí había cumplido con la obligación de brindar la debida asesoría, circunstancia que no fue capaz de probar, a pesar de haber valorado las pruebas aportadas por las demandadas. Respecto a la suscripción de los formatos de vinculación por parte de la demandante, considero el a quo que la aprobación de los formatos pre impresos por parte de la superintendencia financiera no sustituye la obligación de información que se encontraba en cabeza de los fondos. Concluyo el a quo, que no encontró acreditado el deber de información por parte de la AFP demandada, que permitiera a la demandante formarse un convencimiento libre y suficiente sobre las implicaciones del traslado.

Recurso de Apelación: La apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el despacho, argumentando que las pretensiones de la actora no tenían vocación de prosperidad, por cuanto no se evidencio un vicio de consentimiento al momento de realizar el traslado de régimen, que su inconformidad con el fondo es que en el RPMPD tendría un mayor beneficio económico, circunstancia que no da lugar a la ineficacia, añadió que la demandante supera la edad de pensión, lo que imposibilita el traslado de régimen, añade que la demandante realizaba actos que daban cuenta del entendimiento de la afiliada sobre la pertenencia al RAIS, menciona que su representada no puede ser condenada por actos de terceros, ya que se debe propender por la sostenibilidad financiera del sistema, aduce que no se valoró con rigurosidad la prueba documental aportada por Protección S.A., pues en el folio 37 del expediente se evidencia una reasesoría realizada en el año 2008, cuando todavía no había cumplido los 47 años de edad.

Actuación Procesal en Segunda Instancia: Surtido lo anterior, mediante providencia del once (11) de octubre de 2023, se avocó el conocimiento del presente proceso, el cual le correspondió por reparto a este Despacho, admitiéndose el recurso de apelación propuesto por la apoderada judicial de la demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta, en cumplimiento a lo ordenado en el artículo 82 del CPT y SS; así mismo, artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, mediante el mismo auto, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones por el término de cinco (5) días.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero recordar que en virtud del principio de consonancia estatuido en el art. 66 A del CPTSS, la competencia de esta Corporación está enmarcada por las inconformidades presentada por los recurrentes, no obstante, en virtud del grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 69 del CPTSS que le asiste a



Colpensiones, se revisará íntegramente el fallo.

Marco Jurídico: El artículo 13, 36 de la ley 100 de 1993, sentencias C-789 de 2002, C-10-24 de 2004 y SU-062 de 2010 de la Corte Constitucional, sentencia del 3 de septiembre de 2014, Rad. 46.292, del 9 de septiembre de 2008, rad. 31.989 de la C.S.J. S.C.L., artículo 167 del C.G.P., Sentencias SL-4324 de 2022, SL-1688 de 2019, SL-1452 de 2019, SL-1678 de 2019 y SL-1689 de 2019.

Problema jurídico: Consiste el sub judice en determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante, señora MARTHA JUDITH ESCORCIA ACOSTA y, como consecuencia, ordenar el traslado de los dineros que se encuentran en su cuenta individual que tiene en la actual AFP Protección S.A., a Colpensiones.

Caso Concreto Examinado el expediente, se observa de las pruebas documentales aportadas, que el demandante tuvo una afiliación inicial en el RPMPD administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones², y que, posteriormente solicitó el traslado al RAIS, el día 27 de octubre de 1994, con fecha de efectividad a partir del primero de noviembre de 1994³, a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Lo anterior, conforme se constata con los formatos de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones de Protección S.A. y el ISS hoy Colpensiones, entidades en las cuales acumuló un total de 902,29 semanas de trabajo⁴. Además, se encuentra demostrado que la actora presentó solicitud de nulidad de traslado de Colpensiones a Protección S.A., teniendo una respuesta negativa⁵.

Establecidas las anteriores premisas fácticas, procede la Sala a determinar si se requiere una expectativa pensional para que se configure la ineficacia del traslado.

En ese orden de ideas, resulta inadmisibile lo referido por la recurrente Colpensiones que considera que declarar la ineficacia del traslado de la actora atenta contra el orden jurídico ya que existe una prohibición expresa de traslado régimen en personas que ya han alcanzado la edad de pensión, sin embargo, esto no obsta para que se estudie si el fondo de pensiones incumplió con sus deberes de información, asesoría y consejo.

DE LA NULIDAD O INEFICACIA DE TRASLADO

En lo referido al traslado entre regímenes, la Sala debe dilucidar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia de traslado de régimen pensional, así las cosas, se tiene que, en cualquiera de sus modalidades (absoluta y relativa), la nulidad es una

² Pág. 28, 06Memorial202200313ContestacionDemandaColpensiones

³ Pág. 48, 05Memorial202200313ContestacionDemandaProtección

⁴ Pág. 18, 06Memorial202200313ContestacionDemandaColpensiones

⁵ Pág. 33, 06Memorial202200313ContestacionDemandaColpensiones



sanción que impide que el acto jurídico produzca efectos desde el momento de su formación, por faltarle alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes (artículo 1740 del Código Civil). En este evento, el acto existe, pero está viciado por falta de alguno o algunos de los elementos de validez y la ineficacia en sentido estricto suponen un acto jurídico existente y válido, pero que no produce sus efectos finales o queda privado de ellos por expresa disposición del legislador. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que *“la ineficacia en sentido propio o restringido consiste en la alteración de los resultados finales de la figura [...] sin afectar su validez”*. Es decir que, a falta de uno de los requisitos estructurales dentro del negocio jurídico, que en este caso es el traslado de régimen pensional, se tendría la falta de información o información necesaria sobre las ventajas o desventajas, como uno de éstos, razón por la cual, nos encontramos frente a la mencionada figura, en la medida en que la actora afirma que no recibió la asesoría debida al momento de efectuar su traslado, no le indicaron las ventajas y desventajas del mismo.

DEL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE LAS AFP

Al tenor del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 la afiliación a un régimen pensional es libre y voluntaria; en tal perspectiva según se ha advertido en recientes pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es imperativo para el Juez ante la existencia del traslado, dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada, máxime si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión en tal sentido.

Desde luego, la afiliación libre y voluntaria implica que se conozca la incidencia de esta en los derechos prestacionales, la entrega de la información completa y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que le fuera más beneficiosa, pues lo contrario acarrea la ineficacia del tránsito, según lo adocrinó la CSJ en sentencia SL12136- 2014.

En ese mismo sentido, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, en el numeral 1 del artículo 97, estableció la obligación de las entidades de «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»

Lo anterior, implica la obligación de las AFP de dar a conocer a los usuarios las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de tal manera el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; esto conlleva una comparación entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.



Posteriormente, las diversas normativas fueron ampliando los deberes de las AFP sobre el particular, así el deber de información, asesoría y buen consejo, desarrollado en el artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y la ley 1748 de 2014, artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa n. 016 de 2016, contemplando además la doble asesoría, que lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En cuanto se refiere a que la suscripción del formulario de afiliación acredita el consentimiento del afiliado (a), y la manifestación de voluntad contenida en éste, a la luz de lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, en armonía con los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, y como lo ha señalado la H. Corporación, entre otras, en sentencias SL-4360 de 2019, el suministro de la información es un acto previo a la suscripción del formulario; de omitirse ese deber, no puede hablarse de una voluntad realmente libre. Así, no es plausible asumir que la firma del formulario de afiliación implica la aceptación que el afiliado recibió información oportuna y suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen. La aprobación de los formatos preimpresos por parte de la Superintendencia Financiera de ninguna manera sustituye la obligación que tienen los fondos de pensiones de dar a conocer a los afiliados los riesgos y consecuencias del cambio de régimen.

En sentencia SL 3035-2021 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral indicó sobre el deber de información contenido en el Decreto 663 de 1993:

- *Para resolver los anteriores cuestionamientos es suficiente recordar que en sentencias CSJ SL 1743-2021, SL 373-2021 y CSJ SL 1452-2019, reiterada, entre otras, en CSJ SL 1688-2019 y CSJ SL 1689-2019, 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». La información debe contar con transparencia, la cual consiste 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 SL 1452-2019). Cuando se debate que la AFP no suministró la información pertinente que ilustrara al trabajador al momento del traslado, se está en presencia de una negación indefinida que traslada la carga de probar positivamente a la AFP: «En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”», de lo que se sigue que es al*



fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. (C.SJ SL 4373-2020, SL SL 1688-2019)."

A su vez, es menester mencionar que en sentencia SL 553 de 2022, la Sala Laboral indica que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información por parte de los fondos de pensiones. En este sentido la corporación, precisó:

- *"Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado. La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado".*

DE LA CONVALIDACIÓN POR EL DEMANDANTE

En ese orden, la demandada Colpensiones dentro del interrogatorio de parte, a través de su apoderado, le pregunta a la actora como fue su proceso de afiliación, a lo que responde que su afiliación al RAIS había sido con Protección, quienes se comprometieron a realizar una reunión con el fin de resolver todas las dudas de los nuevos afiliados. seguidamente, la apoderada de Colpensiones le pregunta a la demandada si la AFP le enviaba los extractos de su cuenta de ahorro individual, a lo que responde que sí, pero solo cuando eran solicitados, de lo contrario no enviaban los extractos. En el interrogatorio realizado por la apoderada de Protección S.A., la demandante explica que al momento de realizar el cambio de régimen, no recibió ninguna información por parte del asesor de la AFP, simplemente les dijeron que el gobierno había dado la alternativa de que los trabajadores cambiaran de régimen y que la empresa estaba de acuerdo con el personal de la empresa perteneciera a este régimen; la apoderada de Protección S.A., le pregunta a la demandante si reconoce el contenido y firma del documento denominado formato de re asesoría pensional, de fecha 23 de junio de 2008, a lo que la demandante manifiesta que sí reconoce la firma, sin embargo no reconoce el contenido del documento, ya que fue diligenciado por otra persona que no es ella. De lo dicho por la demandante en el interrogatorio realizado por Protección S.A., no se concluye que la demandada proporcionara la información correspondiente a los beneficios y desventajas de ambos regímenes. Por lo que, basta con señalar que la actora actuó bajo la confianza de buena fe al esperar una reunión donde se le explicarían las ventajas y desventajas del RAIS, misma que no se realizó. Así mismo, en lo que respecta a la apreciación hecha por Colpensiones en sus alegatos de conclusión en cuanto a que, la parte demandante optó por cambiarse de régimen por voluntad propia, razón por la cual declarar ineficaz dicho traslado y ordenar su afiliación al régimen de prima media hoy administrado por Colpensiones no es viable, además de que la demandante fue asesorada en el año



2008, de acuerdo a la documental aportada por la AFP demandada, y a pesar de esto, la demandada decidió seguir siendo afiliada al RAIS. Además de que la actora no ejerció el derecho de retracto del traslado del régimen. Añadiendo que dentro del plenario no quedó demostrado la existencia de ningún vicio de consentimiento que pueda invalidar el negocio jurídico realizado entre la demandante y Protección S.A., dicho argumento no es válido para emitir un voto a favor de las accionadas, toda vez que la decisión del juez de primera instancia fue declarar la ineficacia de la afiliación y no la nulidad, lo que repercute en que la misma sea insaneable, por tratarse de una situación que nunca produjo efectos, y precisamente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL1688 de 2019, reiterada en la sentencia SL3168 de 2021, aludió que: *“Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos. (Subrayas fuera de texto)”*.

CARGA DE LA PRUEBA

Así las cosas, corresponde a la Sala constatar si la demandante fue debidamente informada sobre las consecuencias del traslado del régimen, siendo afirmado por este en el libelo introductorio y en el interrogatorio de parte que, los documentos fueron firmados de manera voluntaria, sin embargo, esta decisión fue tomada debido a la falta de asesoría por parte de la AFP Protección S.A., por lo tanto, tenía el deber de informar a la afiliada las consecuencias, ventajas o desventajas entre un régimen y otro, así como derecho al retracto que le asistía, sin embargo, la actora manifiesta no se le dio información sobre cuál sería el monto de su pensión una vez llegado el momento de pensionarse, así como los beneficios y consecuencias que el traería el cambio de régimen, entonces, en ese orden de ideas, es evidente concluir con base en lo manifestado en el libelo demandatorio y el interrogatorio de parte practicado al actor, que éste no fue mínimamente informado sobre las consecuencias del traslado del régimen, lo que implica el traslado de la carga de la prueba a la entidad encargada de la administración del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para demostrar así el cumplimiento del deber de suministrar una información completa, veraz y oportuna al fondo de pensiones, siendo entonces, de recibo los argumentos del Juzgador cuando adujo que pese a que no cumplieron con el deber de información, se debió tener en cuenta que para el momento del traslado del régimen tenía vigor el Decreto 720 de 1994, el cual en su artículo 12 establece: *“Artículo 12. OBLIGACION DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberá suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*. También hay que tener en cuenta que tampoco fue suministrada a lo largo de todas las etapas del proceso, ni en los años que estuvo vinculada a dicha AFP, información que debía ser completa y comprensible, que trascendiera en el simple deber de información a la cual estaba obligada la administradora de pensiones



correspondiente, información que en este evento debía suministrarse por Protección S.A.

En tal sentido se pronunció recientemente la CSJ en sentencia SL655/2022 del 16 de febrero de 2022 – M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz:

- *“En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. 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—cuando no imposible—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. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros. (CSJ SL1688-2019)”*

Al respecto, la Sala de Casación Laboral del CSJ en sentencia SL3464 de 2019, menciona que: *“La Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis. (...) En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias*



prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018)”. (Subraya la Sala).

En sentencia SL19447-2017, reiterada en la SL1425-2019, se indicó que: “no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]”

En este sentido, se tiene que la demandada Protección S.A., no demostró haber dado la información necesaria a la actora, para que lograra elegir libremente el fondo de pensiones que más le hubiese convenido.

Teniendo en cuenta lo anterior y las pruebas aportadas, se torna en ese sentido ineficaz el traslado realizado, dado el incumplimiento de la carga probatoria que le correspondía a la parte demandada, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P.

En armonía con lo expresado, el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad no produce efectos, lo que apareja como consecuencia el regreso del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, hoy administrado por Colpensiones.

Conforme a lo argumentado ut supra, así la demandante haya seguido cotizando, no por ello se puede concluir que la entidad privada haya cumplido su deber de información y todos los aspectos que debió poner en conocimiento desde antes de comenzar a recibir las cotizaciones.

Cabe resaltar que la decisión de ordenar la devolución de todas las cotizaciones de la actora a Colpensiones no conlleva un detrimento patrimonial público. En tanto, el eventual reconocimiento de derechos pensionales se hará con los aportes realizados por la demandante, siendo que, además, los dineros administrados por esa entidad por esa misma razón no provienen del tesoro público.

En el presente caso, como se está declarando la ineficacia del traslado, la demandante debe retornar al régimen que estaba afiliado y, por ende, se reitera que Colpensiones recibirá los aportes y rendimientos, los cuales irán a un fondo común y con esto se financiara la pensión del actor.

SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA PENSIONAL



La Constitución consagra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional en el inciso 7° de su artículo 48. En virtud de esta disposición, el Estado debe garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, respetar los derechos adquiridos y asumir el pago de la deuda pensional que esté a su cargo, de conformidad con la ley.

La Sentencia SU-149 de 2021 precisó que la sostenibilidad financiera es un principio de aplicación específica para el sistema de seguridad social. En tal virtud, este debe ponderarse con el alcance de los derechos constitucionales vinculados a las prestaciones del sistema de seguridad social, como es el caso de las pensiones. El objetivo que se busca es garantizar la financiación adecuada del sistema, en un marco de progresividad y universalidad.

De lo anterior, no es posible afirmar que declarar la ineficacia del traslado afectaría la sostenibilidad financiera de Colpensiones, pues a fin de garantizar la misma es que se ordena la devolución de las correspondientes cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, los cuales deberán ser redimidos, así como cualquier suma adicional que haya recibido, incluidos los gastos de administración, seguro provisional y aportes al fondo de pensión mínima, monto que deberá ser debidamente indexados al momento de su traslado y que reposan en Protección S.A., esto con el fin de que no sea Colpensiones la afectada con el traslado de régimen del actor.

DE LAS CONSECUENCIAS DE LA INEFICACIA

De otro lado, resalta la Sala que, sobre las consecuencias que acarrea la ineficacia del traslado entre regímenes la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3436, de 14 de agosto de 2019 expresa que: *“declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).*

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con



prestación definida administrado por COLPENSIONES (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421- 2019 y CSJSL1688-2019)".

Es decir, la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, conlleva a que la demandada Protección S.A. entidad en la cual se encuentra afiliado el promotor del proceso, deberá trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos y los bonos pensionales. Asimismo, deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, frutos e intereses, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues tales conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Cabe resaltar que la decisión de ordenar la devolución de todas las cotizaciones de la actora a Colpensiones no conlleva a un detrimento al patrimonio público; pues en el eventual reconocimiento de derechos pensionales se hará con los aportes realizados por aquella, siendo que, además, los dineros administrados por esa entidad por esa misma razón no provienen del tesoro público.

Al respecto, de conformidad con la jurisprudencia ya explicada todos los fondos de pensiones donde la demandante estuvo vinculada, tienen la obligación de devolver y reintegrar la totalidad de los recursos acumulados por el trabajador en la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media administrado por Colpensiones, de forma plena y con efectos retroactivos, incluyendo los valores que el Fondo Privado cobró a título de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes para garantía de pensión mínima, ello porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión vejez o prestaciones pensionales a que tienen derecho los afiliados a ese fondo común en el RPM, puesto que como se ha reiterado los efectos de la ineficacia es volver las cosas a su estado inicial, es decir los dineros de la cuenta de la demandante nunca debieron entrar en dominio de la AFP donde surtió su traslado inicial y mucho menos a las AFP a las cuales fue trasladado con posterioridad, y por tanto se deben devolver todos los valores que constituyan dicho capital y que hayan sido cotizados en los diferentes fondos del RAIS.

Por lo anterior, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que le asiste a la demandada Colpensiones, se evidencia la necesidad de confirmar los numerales primero, segundo, tercero y cuarto de la sentencia de primera instancia, en cuanto le asiste la razón al *a quo* al ordenar la devolución de las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, frutos e intereses, debidamente indexados y con cargo a los propios recursos de la AFP Protección S.A.



Al respecto, esta Sala se permite aclarar que, al momento de cumplirse la sentencia, por parte de Protección S.A., los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, como ya lo ha decantado la Jurisprudencia, entre otras, en la reciente Sentencia SL890-2022 del 23 de marzo de 2022.

Teniendo en cuenta lo expuesto, resulta acertada la decisión proferida por el *a quo* al ordenar a Protección S.A., a devolver al RPMPD, actualmente administrado por Colpensiones, los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, en consecuencia, se confirmará el fallo de primer grado.

COSTAS EN ESTA INSTANCIA

Se estima pertinente por el ponente relevar a COLPENSIONES de la imposición de condena en costas, toda vez que por ministerio de la ley indefectiblemente a la sentencia objeto de la presente decisión se le debe surtir una segunda instancia, al estudiarse de manera oficiosa el grado jurisdiccional de consulta, por virtud de la calidad de la entidad por ser descentralizada, respecto de la cual la Nación es garante y, por ello, se imposibilita su condena en costas; no obstante, la posición mayoritaria de la Sala considera que hay lugar a la consecuencia establecida en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., toda vez que se resolvió de manera desfavorable su recurso de alzada, motivo por el cual, se salvará parcialmente el voto por parte del ponente frente a este punto.

Por lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

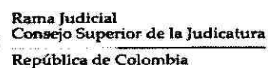
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el diez (10) de agosto de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**. Las agencias en derecho serán fijadas en auto separado.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE.


CÉSAR RAFAEL MARCUCCI DIAZGRANADOS
Magistrado Ponente
Salvamento parcial de voto



Magistrada

Magistrado

Elmado Por:

Cesar Rafael Marcucci Diazgranados
Magistrado
Sala 008 Laboral
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico

Claudia Maria Fandiño De Muñiz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 3 Laboral
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlántico

Edgar Enrique Benavides Gelfa
Magistrado
Sala 004 Laboral
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlántico

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a8f54061e2f3f5baf85733ead18864a1d1c37dddb9176c3283fd825a0db03e40**
Documento generado en 28/06/2024 02:59:27 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>