

E D I C T O

EL SUSCRITO SECRETARIO DE LA SALA CIVIL FAMILIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA – HUILA

H A C E S A B E R:

Que con fecha primero (1) de agosto de dos mil veintidós (2022), se profirió sentencia en el proceso que a continuación se describe:

Naturaleza: ORDINARIO LABORAL
Demandante: GRACIELA IPUZ GARCÍA
Demandado: COLPENSIONES Y OTRO
Radicación: 41001-31-05-003-2018-00320-01

Resultado: **PRIMERO. REVOCAR** la sentencia proferida el 08-mar-2019 por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Neiva, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por GRACIELA IPUZ GARCÍA desde el Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual en la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. 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. CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. a remitir a COLPENSIONES, las sumas percibidas por concepto de aportes a capital, rendimientos financieros, 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, y cualquier aporte adicional, saldo o erogación recaudada o que se encuentre a nombre de la demandante por el periodo en que permaneció afiliada al RAIS, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO. Condenar en costas de ambas instancias a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

SEXTO. Vuelvan las diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

Para notificar legalmente a las partes el contenido de la referida sentencia, se fija el presente EDICTO en lugar público y visible de esta Secretaría, por el término de tres (3) días hábiles, siendo las 7:00 a.m. de hoy ocho (8) de agosto de 2022.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'RAMON FELIPE GARCIA VASQUEZ', is written over a faint, light-colored rectangular stamp or watermark.

RAMON FELIPE GARCIA VASQUEZ
Secretario

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SALA QUINTA DE DECISIÓN - CIVIL FAMILIA LABORAL**

M.P. ÉDGAR ROBLES RAMÍREZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: GRACIELA IPUZ GARCÍA.
Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.
Radicación: 41001310500320180032001
Asunto: RESUELVE APELACIÓN DE SENTENCIA

Neiva, primero (01) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Discutido y aprobado mediante Acta No. 192 del 01 de agosto de 2022

CUESTIÓN PREVIA – IMPEDIMENTO

Mediante auto fechado el 12 de julio de los cursantes la magistrada ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA manifestó su impedimento para conocer del presente asunto, por concurrir la causal establecida en el artículo 141 numeral 6° del CGP, esto es, por *“Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, y cualquiera de las partes, su representante o apoderado”*. Lo anterior por cuanto, según informó, en la actualidad se encuentra tramitando una demanda ordinaria laboral en virtud del inadecuado asesoramiento al momento de trasladarse a un fondo privado, derivado de la información inexacta y engañosa, que impide su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo cual constituye, precisamente, el objeto de este litigio.

Expresó la magistrada que *“En mi caso además de estar acreditada la existencia de un pleito pendiente, los resultados de lo resuelto en el presente proceso están directa y entrañablemente ligados al éxito de mi litigio, lo cual atenta contra mi imparcialidad al momento de tomar la decisión de segunda instancia respectiva, pues es evidente mi criterio jurídico y personal respecto del asesoramiento, e ineficacia de las afiliaciones a los regímenes privados que imposibilitan la transferencia al régimen de prima media, máxime atendiendo a que mi proceso se encuentra en curso en un despacho que es de connotación jerárquica inferior a este tribunal en la especialidad laboral, constituyéndose mi posición en un precedente jurisprudencial de obligatoria observancia para el despacho de conocimiento. Por tanto, ante la identidad de una*

de las partes y pretensiones del presente proceso con el litigio que se encuentra pendiente de resolver en el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, me encuentro impedida para continuar conociendo del mismo”.

Respecto a la causal de impedimento puesta de presente por la magistrada CAMACHO NORIEGA, la Corte Constitucional¹ ha precisado que para que se configure es necesario que emerja evidente que en el funcionario jurisdiccional, exista un interés en las resultas del mismo que logre permear su ecuanimidad para dirimir el asunto sometido a su conocimiento conforme a derecho, interés que bien puede ser directo o indirecto, patrimonial, intelectual, moral o de cualquier otro tipo, no bastando con la mera acreditación de la existencia de un pleito en curso o que el juez sea o haya sido contraparte de una de las partes o apoderados del correspondiente litigio. Por tal razón, para que el impedimento se configure, dada la amplitud de la norma, se hace necesario que el juez expresamente manifieste cuál es el interés que le asiste y en qué medida afecta su imparcialidad las circunstancias que rodean el conflicto.

En el presente asunto la magistrada pone en conocimiento los hechos que fundamentan su impedimento y establece claramente que le asiste interés directo y actual en las resultas del proceso y, por tanto, que dichas circunstancias logran afectar su fuero interno y su capacidad subjetiva para deliberar y fallar.

Por lo anterior, se **DISPONE:**

ACEPTAR el impedimento formulado por la magistrada ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA.

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver la apelación de la parte demandante, respecto la sentencia proferida el 08-mar-2019 por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Neiva.

2. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA²

Pretensiones: La promotora llamó a juicio a Colpensiones y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., para que se declarara que era

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-496 de 2016. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

² Fls. 83 a 102 del C.Principal.

beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por contar con 750 semanas cotizadas. En consecuencia, requirió que las entidades procedieran a su traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) al Régimen de Prima Media (RPMPD), con la totalidad de los recursos que reposan en su cuenta individual, y sus respectivos rendimientos financieros.

De manera subsidiaria, solicitó la ineficacia de su afiliación al RAIS para retornar a Colpensiones, aduciendo una falta de información en las consecuencias del traslado. Y de ahí pretendió que se condene a la AFP privada a reintegrar a Colpensiones la totalidad de los recursos que reposan en su cuenta individual, y sus respectivos rendimientos financieros.

Hechos: En respaldo de sus pretensiones, refirió que nació el 22-feb-1961; que inició su vida laboral la Gobernación del Huila desde el 16-oct-1980 al 30-mar-1995 realizando aportes en Cajanal. Expone que también laboró al servicio de Gaseosas del Huila y Fosfacol, hasta su empleador actual, la Universidad Surcolombiana en donde realizó aportes a Cajanal desde el 01-abr-1995 hasta 1999.

Alega que para el 30-jun-1995, fecha de vigencia de la Ley 100 de 1993 para los servidores públicos del nivel departamental, contaba con un total de 750 semanas cotizadas, encontrándose en una de las condiciones del art. 36 ídem. Que la norma le permitía regresar al RPMPD en cualquier tiempo conservando la transición, según las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, y SU-062 de 2010.

Relata que instauró solicitudes del 05-oct-2017 a las accionadas, que fueron denegadas al no poderse verificar el cumplimiento de los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 de la Corte Constitucional. Igualmente, ante la Superintendencia Financiera presentó las respectivas quejas por la falta de consolidación de su historia laboral, pero fueron decididas negativamente.

Por último, comentó que el asesor de la AFP privada tenía el deber legal de proporcionar información veraz, real y oportuna; aspectos que no cumplió, y que por ello lesionaba su derecho a escoger de manera libre y voluntaria el régimen pensional.

2.2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

2.2.1. COLPENSIONES³: Contestó el escrito inicial oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones por carecer de sustento fáctico y legal. Explicó que la convocante no cuenta con 15 años o más de cotizaciones para regresar al RPMPD, como lo especifica la sentencia SU-062 de 2010 de la Corte Constitucional. Además, le recriminó incumplir el art. 2º de la Ley 797 de 2003, referente a la prohibición de trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para el reconocimiento de la prestación. Formuló como excepciones las denominadas: *“INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN”*, *“BUENA FE DE LA DEMANDADA”*, *“PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO”*, *“DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES”*, y *“APLICACIÓN DE LAS NORMAS LEGALES”*.

2.2.2. PROTECCIÓN S.A.⁴: De modo similar discrepó de las razones de la accionante. Narró que no se cumplían los requisitos jurisprudenciales para el traslado con la conservación de la transición pensional, puesto que no se acreditaron los 15 años de servicios cotizados. Que ha mantenido informada a la promotora de todos los trámites iniciados para la reconstrucción de la historia laboral, sin que se verifiquen las salvedades de la sentencia SU-062 de 2010.

Aclaró que, al momento de la afiliación explicó las ventajas del RAIS, siguiendo los lineamientos de la Ley 100 de 1993, lo cual quedó consignado en el formulario de vinculación que contiene el consentimiento libre, espontáneo y sin presiones. Mencionó que la convocante tuvo la oportunidad de retractarse del acto atacado dentro de los 5 días hábiles conforme al Decreto 1161 de 1994, o haberse trasladado de régimen antes de los 10 años del cumplimiento de los requisitos de la pensión (22-feb-2008), derechos que no ejerció en tiempo.

Igualmente, le encaró 19 años de pasividad en los que no alegó los presuntos engaños, tiempo suficiente para asesorarse sobre el RAIS y definir su mejor opción pensional. Del mismo modo, resaltó que no se probó error, fuerza o dolo en la afiliación cuestionada, aspectos que incumbían a la parte actora. En su defensa, formuló como excepciones de fondo las de *“INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE MI REPRESENTADA, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR”*, *“BUENA FE Y CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVIDAD VIGENTE POR PARTE DE PROTECCIÓN S.A.”*, y la genérica.

³ Fls. 115 a 126 del C.Principal.

⁴ Fls. 147 a 181 del C.Principal.

3. SENTENCIA APELADA

El Juzgado 3° Laboral del Circuito de Neiva, mediante fallo del 08-mar-2019 resolvió denegar las pretensiones de la demanda. En criterio de la decisión, la promotora no acreditó los 15 años de servicios exigidos en el art. 36 de la Ley 100 de 1993; porque Protección S.A. se encontraba realizando gestiones para la consolidación de su historial laboral, para su potencial beneficio del régimen de transición. A este tenor, también desestimó la pretensión subsidiaria de ineficacia de traslado, al considerar que no se probó perjuicio alguno en el acto de afiliación.

Para llegar a tal raciocinio, reseñó las diferencias de los regímenes pensionales, citando los literales b. y c. del art. 13 *ídem*; exponiendo, además, la libertad de escogencia del régimen y la pérdida de los beneficios transicionales en ejercicio del mencionado derecho. No obstante, aclaró que la Corte Constitucional en sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, había desarrollado la posibilidad de regresar al RPMPD al verificarse 15 años o más de servicios a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Del mismo modo, exaltó que el acto de afiliación constituía una relación solemne en donde las AFP debían cumplir con los requisitos estructurales de los arts. 1502, 1508, 1604, 1740 de la Codificación Civil. Mencionó que la sentencia del nueve (9) de septiembre de dos mil ocho (2008), expediente 31989 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, adoctrinaba la responsabilidad profesional a cargo de los fondos de pensiones, que les imponía cumplir los deberes del Decreto 656 de 1994.

Aludió a que la Justicia Laboral fijaba una alta importancia al consentimiento libre e informado del usuario de la seguridad social; en donde no sólo se tergiversa en información deficientemente instruida, sino en los silencios que guardan las AFP. De ahí que insistiera, en que las entidades demandadas tuvieran la carga de la prueba en virtud de su profesionalismo, como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL12136 de 2014.

Precisado lo anterior, iteró que la Corte Constitucional había fijado 15 años o más de servicios para retornar al RPMPD sin la pérdida de la transición pensional, y no 750 semanas como lo pretendía la parte actora. Bajo dicho parámetro, estudió los formatos CLEBP del expediente, concluyendo sólo 14 años y 8 meses; con todo destacó la falta de claridad sobre los tiempos cotizados en la historia laboral. Ante

dicha circunstancia, estimó procedente la excepción de oficio de petición antes de tiempo. En lo tocante a la pretensión subsidiaria de ineficacia, consideró que no se encontraba demostrado el perjuicio en el acto de afiliación, dada la imprecisión en el historial de aportes, y ante la falta de un cálculo actuarial o una simulación pensional de ambos regímenes, declaró las excepciones tocantes a la inexistencia de la obligación reclamada.

4. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante discrepó de la decisión de instancia, alegando una indebida interpretación del régimen de transición. Insistió en que para el cumplimiento de la sentencia SU-062 de 2010, se exigían 15 años de servicios o 750 semanas de cotizaciones, último requerimiento que colmó la convocante.

4.1. TRASLADO EN SEGUNDA INSTANCIA PARA PRESENTAR ALEGACIONES CONFORME A DECRETO 806 DE 2020.

En auto del 30-jun-2021 se dispuso correr traslado para que las partes presentaran sus alegaciones en segunda instancia conforme al art. 15 del D.L. 806-2020. Se rindieron conclusiones finales únicamente por el apelante, en donde reiteró su posición en la revocatoria integral de la decisión de primer grado.

En sus planteamientos, le recriminó a la decisión confutada ignorar el A.L. 01 de 2005 y el art. 35 de la Ley 100 de 1993, que permitían conservar la transición pensional con 750 semanas de cotizaciones. Para el recurrente, dichos aportes se probaron en los formatos CLEBP allegados al plenario, posición de por si favorable acorde a la sentencia STC8762 de 2017.

En cualquier caso, estimó que en el traslado al RAIS se trasgredieron los derechos de información a la afiliada. Que no se respetaron los principios de transparencia e información cierta y oportuna, citando como soporte argumentativo la sentencia SL1452 de 2019.

5. CONSIDERACIONES

5.1. PROBLEMA JURÍDICO

En primer término, corresponde a la Sala determinar si se encuentra ajustada a derecho la decisión de la *a quo*, que denegó la declaración de ineficacia en la afiliación de la actora al RAIS, por considerar que no se demostró perjuicio alguno

en dicho acto. Una vez verificada la eficacia de la afiliación al RAIS, se establecerá si la decisión de primer grado incurrió en error al denegar el traslado con conservación de la transición pensional, por estimar que no se reunieron los requisitos de las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013 de la Corte Constitucional.

5.2. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

5.2.1. PÉRDIDA O NO DE LA TRANSICIÓN Y EFICACIA DEL TRASLADO PENSIONAL.

Las reglas desarrolladas en la Ley 100 de 1993, enseñan que el Sistema General de Pensiones tiene como firme teleología el amparo de los ciudadanos de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y la muerte. Lo anterior, mediante el reconocimiento de las pensiones, y la progresividad de cobertura a los segmentos menos favorecidos.

Ahora, corresponde recordar que el legislador previó en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 una transición pensional. La misma se estructuró para quienes, al 30 de junio de 1995, cuando entró en vigor dicha disposición para los trabajadores del sector público de orden territorial, tuvieran 15 años o más de servicios o cotización o 35 años o más de edad, en caso de mujeres y 40 años, para los hombres. Este beneficio permite pensionarse con las condiciones contempladas en la legislación anterior, acudiendo a este en tres aspectos específicos: edad, tiempo de servicios y monto de la pensión. Pero la norma en comento en los incisos 4 y 5 estableció que el régimen de transición se perdía por el traslado al régimen de ahorro individual, caso en el cual el afiliado quedaba sometido a las reglas imperantes.

Sin embargo, se presentan hipótesis en que el afiliado beneficiario del régimen de transición luego del traslado al régimen privado, decide retornar al de prima media. En tales eventos, de conformidad con los citados incisos recupera la transición, siempre y cuando hubiera adquirido los beneficios del régimen en razón de haber prestado servicios o cotizado por 15 o más años con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, como lo ha configurado la jurisprudencia colombiana en general.

En este escenario, tampoco puede pasar inadvertido **la previa determinación de la eficacia en el traslado**, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la

transición normativa. Cuando se discute el traslado de regímenes, es menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social. Es decir, es deber preliminar constatar el cumplimiento de las reglas de libertad de escogencia del sistema, con un consentimiento informado en todas las dimensiones desarrolladas por la Ley y la Jurisprudencia (CSJ SL1509-2021, en la que rememoró la SL4373-2020 y la SL12136-2014).

En tal sentido es evidente que la decisión apelada, partió del hecho de que el traslado fue libre y voluntario. A pesar de que era necesario, estudiar primeramente la eficacia en dicho traslado al RAIS, para, ahí sí, determinar los requisitos de las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013 de la Corte Constitucional. Como así no se verificó en este caso, este Tribunal acometerá a su análisis.

Las características, finalidades y objetivos de la Seguridad Social, tienen amplia incidencia en la garantía fundamental de todos los ciudadanos a una vida digna. Una de tales peculiaridades es la elección libre y voluntaria por parte de los afiliados tanto del régimen pensional, como de la entidad que administraría los respectivos fondos. El marco tuitivo de esa garantía se desprende del art. 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) al indicar *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”*.

Sobre la expresión libre y voluntaria contenida en el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL2209-2021⁵, precisó que *“necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión (...) no puede alegarse 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”*.

En concordancia con lo anterior, el texto original del numeral 1º del artículo 97 del Estatuto del Sistema Financiero aplicable a las Administradoras de Fondos de

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL2209-2021. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Pensiones, vigente para la fecha de los hechos objeto del presente asunto, establece 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 de mercado”*.

Ahora en cuanto a la ineficacia de la afiliación por vicio en el consentimiento y la carga de la prueba de dicha anomalía, esa misma Corporación en sentencia SL19447 del 27 de septiembre de 2017, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, decantó que *“existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional”*⁶.

En el caso bajo examen, si bien obra el formulario de afiliación al RAIS suscrito el 12-nov-1999 (fl.182), no hay constancia de que Colmena -hoy Protección S.A. hubiese suministrado al afiliado en un lenguaje claro, simple y comprensible, las condiciones del RAIS y del RPMPD, de manera que su elección pudiera realizarse después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes. Dicha carga le correspondía a la administradora, y no es admisible sostener que el accionante firmó libre y voluntariamente el formulario de afiliación, pues los precedentes son cristalinos en que sin información suficiente no hay autodeterminación.

Se observa en la solicitud de afiliación a la AFP privada, que no se registró con claridad cuál fue la información suministrada. Nada se sabe respecto de la eventual capacitación completa respecto de las implicaciones que conllevaba el traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, más allá de un enunciado pre determinado de voluntad de afiliación, que en momento alguno da cuenta del cumplimiento del deber de información y amparo del consentimiento informado que debe garantizársele al afiliado.

⁶ En cuanto a la carga probatoria en cabeza de la parte demandada en esta clase de asuntos, también es oportuno lo dicho por la CSJ SCL en sentencia del 09 de septiembre de 2008 Rad. 31989, según la cual *“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”*.

Así las cosas, la Jueza Laboral cometió un error al concluir que la entidad demandada había acreditado su deber de información. La oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. A este tenor, no es de recibo para este Colegiado que se concluya la eficacia en la afiliación por la falta de algún perjuicio o consolidado pensional, dado que el incumplimiento de los deberes de información, no puede estar atado al hecho de que el asegurado esté próximo a pensionarse tenga alguna expectativa legítima de acceder a ese derecho prestacional, o haya cumplido uno de los requisitos para ello, sino que se deriva de la falta de la debida información y asesoría.

En efecto, en reciente providencia la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que memoró la CSJ SL1421-2019, SL19447-2017 y la SL4964-2018, se adoctrinó:

“Tampoco se trata de diligenciar 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, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.”⁷

Por otra parte, las AFP argumentaron que era carga del demandante probar la presunta falta de consentimiento. Desconocen tales razonamientos que los precedentes pacíficos y reiterados repugnan tal censura. Recientemente en sentencia SL2208-2021, el máximo juez de trabajo recordó:

“En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL373-2021, la Corte sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información. Precisamente, en esa oportunidad se señaló que exigir al afiliado

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL1509 de 2021. M.P. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ.

una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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.

Por último, no es razonable invertir la carga de la prueba a la parte débil de la relación contractual, toda vez que 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 punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (art. 11, literal b), L. 1328/2009).”⁸

Visto lo anterior, este Colegiado debe iterar que las AFP tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional. La carga en mención se le impone en forma legítima, en virtud de que resulta a todas luces lógico, que la entidad posee un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional frente al afiliado. Por lo que a éste no le corresponde probar la omisión de la información en que incurrió el profesional para convencerlo de su traslado.

Por ello, desaciertan las demandadas, al esgrimir que no se probó de manera concreta en qué consistió el engaño al demandante, pues la razón que determina la ineficacia en el traslado no es como tal la corroboración de la falsedad en la información, sino la carencia de prueba sobre una asesoría completa, como desde esa época debía brindarse, respecto de las repercusiones del cambio de régimen pensional. En respaldo de lo anterior, y teniendo en cuenta que las AFP accionadas alegaron que para la fecha en que ocurrieron estos traslados no tenían los deberes de información y constancia de asesoría que hoy se les exige, en palabras de los precedentes reiterados, éstas han tenido siempre la obligación de brindar información al afiliado.

Así, verbi gratia en sentencia SL2209-2021 se sostiene de manera enfática que “[...] desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL2208-2021. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.”⁹

Y es que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como “*la afiliación se hace libre y voluntaria*”, “*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*” u otro tipo de leyendas de estas características o aseveraciones, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL373-2021).

En este sentido, atendiendo lo ya explicado frente a que el formato de afiliación y la manifestación de asentimiento que en él se hace no es prueba suficiente del cumplimiento del deber de información ni permite conocer cuáles fueron las capacitaciones y la información que permitió al afiliado cambiarse de régimen de manera objetiva, no prosperan los argumentos de las AFP accionadas frente a la carga de la prueba que les asistía.

De igual forma, resulta poco ortodoxo la aplicación de las normas que gobiernan los ritos civiles en el fenómeno comentado, ya que la jurisprudencia reciente tiene decantado que en casos como los que aquí se analizan, no opera la prescripción de la acción rescisoria contenida en el artículo 1750 del Código Civil, pues de conformidad con el artículo 1º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por la Ley 712 de 2001, “*los asuntos de que conoce la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social se tramitarán de conformidad con el presente Código*”. Por ende, ha de concluirse, que entre los asuntos a que hace alusión la norma, se encuentran incluidas “*Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los*

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL2209-2021. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

afiliados... y las entidades administradoras o prestadoras...” conforme lo dispone el numeral 4º del artículo 2º del mismo compendio normativo, luego entonces, debe indicarse, que a pesar de que se pretenda la ineficacia del traslado al RAIS, y con ello del contrato de afiliación, el centro de debate está relacionado con el tema de la seguridad social por lo que, el asunto no se encuentra regido por el artículo 1750 del Código Civil.

Tampoco le asiste razón a Protección S.A. al sostener una aparente ratificación del acto de afiliación, al omitirse por parte del afiliado su derecho de retracto. Tiene dicho la jurisprudencia que *“el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, este es ineficaz”*¹⁰. Siendo así las cosas, corresponde al Juez del Trabajo dilucidar si al ciudadano *“se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.”*¹¹.

Ahora, el Tribunal considera desatinada la censura de Colpensiones, en cuanto a la imposibilidad jurídica del traslado de régimen teniendo en cuenta la prohibición contenida en el art. 2 de la Ley 797 de 2003 (imposibilidad de traslado cuando falten 10 años o menos para la edad de pensión de vejez). Al resultar ineficaz el contrato de afiliación, la consecuencia de la pérdida de eficacia del negocio jurídico es la de retrotraer las cosas al momento anterior de la celebración del contrato como si este nunca hubiere existido. De la misma manera, es irrelevante la no participación de la AFP pública en el negocio atacado, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, los recursos del afiliado han debido ingresar al RPMPD por Colpensiones.

Del mismo modo, invocar la buena fe no sirve de báculo para la afiliación desatinada. La conciencia subjetiva de estar obrando conforme a derecho, en modo alguno puede desquiciar en injustificado desconocimiento de las normas jurídicas, que ratifique la conducta de quien así obra. No debe olvidarse que, el elevado principio de la buena fe, *“no puede basarse en un error de derecho, es decir, en alegar la ignorancia de la ley. Dicho en otras palabras, la buena fe no puede partir*

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL2209-2021. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

¹¹ *Ibidem*.

*del desconocimiento de la ley*¹². Por tanto, el reproche no se abre paso para desquiciar las conclusiones vertidas a lo largo de esta decisión.

Entonces, no se probó que la información dada por la AFP censurada, a la convocante, estuvo orientada por un consentimiento informado. Sin especulación no es posible inferir la información necesaria, suficiente, cierta, clara y oportuna, que se hubiese manifestado en la directiva de trasladarse al RAIS, ya que éste desconocía las modalidades, características, condiciones de acceso, beneficios, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas, entre otros aspectos atinentes a la adquisición de beneficios pensionales a futuro.

En efecto, en sentencia SL373-2021¹³, que memoró la CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, se puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1. del art. 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”*.

Del elenco probatorio no se avizora que la AFP cuestionada, haya cumplido con la obligación de suministrar la información que le permitiera comprender las secuelas de dicho traslado, lo que de entrada lleva a inferir el incumplimiento de lo dispuesto en los arts. 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y al deber de información al que hizo referencia la Corte Suprema de Justicia, tanto en la sentencia citada en precedencia, como en la sentencia SL2207-2021¹⁴, cuando precisó:

“(…) basta con reiterar lo expuesto en sede casaciones en cuanto a que (i) previo a surtir el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, la administradora privada de pensiones tenía el inexcusable deber de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-544 de 1994. M.P. JORGE ARANGO MEJIA.

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. sentencia SL373-2021. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL2207-2021. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

encontraba vinculado, (ii) el formulario de afiliación pre-impreso no demuestra que se cumplió con el deber de información, y (iii) es a la administradora de fondos de pensiones a quien le corresponde demostrar que ilustró al afiliado de manera veraz y certera..”

Con lo expuesto se entienden resueltas las excepciones propuestas por las accionadas, concluyéndose la AFP incumplió su deber de información y, por consiguiente, es del caso declarar la ineficacia del traslado de la accionante desde el régimen de prima media con prestación definida hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad.

La consecuencia del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del acto de traslado, lo que implica que las partes deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. Por lo anterior, resulta inútil examinar los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, pues la afiliada siempre ha pertenecido al RPMPD.

Por tal motivo, el fondo privado de pensiones debe trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y CSJ SL2877-2020), al igual que los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Asimismo, la presente decisión implica que deba revocarse el ordinal *quinto* en lo atinente a la condena en costas al demandante, las cuales al ser revocadas implican que deba efectuarse una condena en ambas instancias a las demandadas.

Por último, se debe destacar que el abordaje de la problemática de la ineficacia del traslado en el caso de marras no constituye una trasgresión al *thema decidendum*, ni al principio de congruencia. Como primera medida, desde el juicio de primer grado las partes fundaron su disenso en el traslado de régimen y un eventual retorno al de prima media, proponiéndose la ineficacia como una de las pretensiones. Si bien no fue objeto del planteamiento explícito al momento de interponerse el recurso, no

puede olvidarse que una de las excepciones del principio de congruencia es en tratándose de derechos laborales mínimos e irrenunciables del trabajador.

En esa dirección, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha construido una sólida y reiterada jurisprudencia relativa a que *“la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, **forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social**, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable).”*¹⁵.

Lo anterior, resulta en armonía con lo dicho por la Corte Constitucional, en la providencia C-968 de 2003, en virtud de la cual se declaró exequible el artículo 35 de la Ley 712 de 2002, en el entendido **que las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador, siempre y cuando haya sido objeto de discusión en el proceso y se encuentren acreditados como en caso objeto de examen.**

6. COSTAS

Vistas las resultas del proceso y atendiendo lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., aplicable a asuntos laborales en virtud de la remisión expresa del artículo 145 del CPT y SS, se impondrá condena a las entidades demandadas en ambas instancias.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Neiva, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

7. RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia proferida el 08-mar-2019 por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Neiva, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de este proveído.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL3932-2021. M.P. DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA.

SEGUNDO. – DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por GRACIELA IPUZ GARCÍA desde el Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual en la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. 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. – CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. a remitir a COLPENSIONES, las sumas percibidas por concepto de aportes a capital, rendimientos financieros, 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, y cualquier aporte adicional, saldo o erogación recaudada o que se encuentre a nombre de la demandante por el periodo en que permaneció afiliada al RAIS, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

CUARTO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO. - Condenar en costas de ambas instancias a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

SEXTO. - Vuelvan las diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE



EDGAR ROBLES RAMÍREZ



ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA

(Con impedimento)

LUZ DARY ORTEGA ORTIZ

Firmado Por:

Edgar Robles Ramirez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila

Luz Dary Ortega Ortiz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila

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: **937ba0896b942406cb648df7fc9daf2f5fb5bb6ef3ebe60681c8c97bac11add1**

Documento generado en 01/08/2022 03:57:49 PM

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