

Proceso: *Ordinario Laboral*
Demandante: *Adriana Castillo Quiroga*
Demandado: *Administradora Colombiana de Pensiones y Porvenir.*
Radicado: *18001-31-05-002-2019-00197-01*
Proyecto discutido y aprobado según Acta No. 042.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
FLORENCIA
SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**Magistrado Ponente:
Gilberto Galvis Ave**

Florencia -Caquetá-, veintiséis (26) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las entidades demandadas contra la sentencia del 25 de junio de 2020 - proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, que declaró la ineficacia del traslado a favor de la señora ADRIANA CASTILLO QUIROGA dentro de la demanda contra el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

1. ANTECEDENTES:

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana Castillo Quiroga

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

La señora Adriana Castillo Quiroga por medio de apoderada judicial promovió proceso Ordinario Laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el fin que: se declare la nulidad de la afiliación como consecuencia de la ineficacia del traslado; que se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; que la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir está obligada a devolver los aportes realizados, a Colpensiones sin ningún tipo de deducción y en consecuencia que se condene a la sociedad administradora de pensiones y cesantías Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones cada uno de los aportes efectuados al régimen de ahorro individual, incluidos los aportes voluntarios y rendimientos, sin efectuar ningún tipo de descuento y que se condene a Colpensiones a reactivar la afiliación al régimen de prima media; que se condene ultra y extra petita, así como a las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones se sintetizan por la Sala así: i)- que nació el 3 de octubre de 1961, a la presentación de la demanda contaba con 57 años de edad; ii)- que ha laborado al servicio de la Fiscalía, la mayor parte de su vida; iii)- que cotizó al sistema de seguridad social en pensiones desde marzo de 1986 hasta julio de 1987, en la Caja de Previsión Social de Ibagué, desde agosto de 1989 hasta octubre de 1992 en la Caja de Previsión Social de la Beneficencia del Tolima, desde octubre de 1992 hasta julio de 1994 en la Caja de Previsión Social de la Gobernación del Tolima, desde julio de 1994 hasta

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana Castillo Quiroga

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

noviembre de 1995 en el Instituto de Seguros Sociales; iv)- que en diciembre de 1995, comenzó a cotizar a PORVENIR S.A., trasladándose así al régimen de ahorro individual con solidaridad; v)- que entre marzo de 1986 hasta julio de 1994, acredita un total de 317 semanas en CAJANAL; vi)- que cotizó al fondo de pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. un total de 1154 semanas hasta diciembre de 2018; vii)- que al momento del traslado no recibió una debida asesoría, debido a que el empleado de Porvenir no le informó de las diferencias entre los regímenes, limitándose a indicarle en el RAIS tendría mejores condiciones al momento de la pensión; viii)- que durante el tiempo que ha estado afiliada a Porvenir S.A., nunca ha recibido una debida asesoría, ni le han brindado información de la edad mínima, el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, la posibilidad de trasladarse nuevamente al régimen de prima media, el capital que debía cotizar a fin de obtener una pensión anticipada o completar el monto indicado para poder acceder a una pensión de vejez; ix)- que el Fondo Porvenir S.A., no cumplió con su deber de información y buen consejo al momento de efectuar el traslado, sin suministrarle la información oportuna, adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las consecuencias de haberse trasladado de régimen, conociendo las ventajas que acarreaba el traslado, solo se limitó a efectuar la afiliación a su fondo; x)- que no le realizó un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas económicas que le traería el traslado en el monto de su pensión; xi)- que hasta el mes de diciembre de 2018 tenía cotizadas 1471 semanas en toda su vida laboral; xii)- que PORVENIR S.A., según proyección pensional efectuada el 14 de febrero de 2019, pagaría \$1.714.000, cuando cumpliera los 58 años y al efectuar la liquidación del I.B.L. daría la suma de \$11.401.007; xiii)-

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana Castillo Quiroga

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

que la mesada pensional en el régimen de prima media teniendo en cuenta el I.B.L. mencionado y con el número de semanas mencionadas sería de \$7.581.669, aplicando una tasa de reemplazo mínima de 66,5%; xiv)- que el Fondo de Pensiones Porvenir S.A., tuvo la oportunidad de informarle para que permaneciera en este o pudiera volverse al régimen de prima media, en el momento de la afiliación, en el lapso otorgado por la ley 797 de 2003 y por último en los días anteriores al cumplimiento de la edad mínima establecida, es decir, antes del 24 de mayo de 2011; xv)- que el 21 de enero de 2019 radicó ante Colpensiones formulario de afiliación para obtener traslado de régimen y mediante comunicado del mismo día, le fue negado.

2. TRÁMITE PROCESAL:

2.1. Actuaciones procesales relevantes:

La demanda fue repartida al Juzgado Segundo Laboral del Circuito, inicialmente fue inadmitida mediante proveído de fecha 15 de mayo de 2019, luego de ser subsanada por el demandante se admitió el 10 de julio de 2019, en ese interlocutorio también se ordenó la respectiva notificación a las demandadas, y al Ministerio Público, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, trámite que surtió de manera satisfactoria.

Una vez surtida la notificación, El fondo de pensiones y cesantías PORVENIR contestó la demanda el 31 de octubre de 2019, donde se

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana Castillo Quiroga

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

opuso a las pretensiones y condenas solicitadas en la demanda, frente a los hechos, indicó ser ciertos los enlistados como numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 19 y 20 y que los restantes supuestos fácticos no eran ciertos.

Bajo ese criterio propuso las excepciones de mérito denominadas: i)- prescripción de la acción de nulidad; ii)- inexistencia de la obligación; iii)- carencia de acción y falta de causa en las pretensiones de la demanda; iv)- prescripción; v)- prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación; vi) validez del traslado de la demandante al RAIS a través de la vinculación al fondo de pensiones obligatorias administrado por PORVENIR; vii)- ratificación de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por PORVENIR S.A.; viii)- falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho; ix) buena fe en la entidad demandada PORVENIR S.A.; x)- mala fe de la demandante, pretendiendo obtener un provecho indebido y xi)- la genérica o innominada.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES contestó la demanda el 3 de diciembre de 2019, manifestando frente a los hechos, que eran ciertos el 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 14, 15, 19 y 20, a los restantes precisó no constarle; por su parte, se opuso a las pretensiones 1ª y 2ª; frente a la 3ª no se pronunció pues la misma va dirigida exclusivamente contra PORVENIR S.A., respecto de las condenas adujo que, con relación a la 1ª no se pronunció ya que está dirigida exclusivamente contra PORVENIR S.A., y se opuso a las restantes.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana Castillo Quiroga

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

Bajo ese criterio propuso las excepciones de mérito denominadas: i) prescripción, ii) falta de prueba, iii) buena fe, iv) la genérica y, v) extra y ultra petita.

Mediante auto del 12 de diciembre de 2019, se tuvo por contestada la demanda por COLPENSIONES y PORVENIR y señaló fecha para adelantar la diligencia de que trata el 77 del Código Procesal Laboral, modificado por el artículo 39 de la Ley 1149 de 2007.

El 27 de enero de 2020, se realizó la primera audiencia de trámite, se declaró fracasada la etapa de conciliación, se agotó la etapa de saneamiento y fijación del litigio, se decretaron como pruebas las aportadas con la demanda y la contestación, y se ordenó la práctica del interrogatorio del actor.

Finalmente, el 25 de junio de 2020, se realizó la segunda audiencia de trámite en la cual se practicaron las pruebas decretadas junto con el interrogatorio mencionado, se declaró clausurado el debate probatorio, se escucharon los alegatos de conclusión y se dictó el respectivo fallo.

3. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia, Caquetá, en esa oportunidad y mediante sentencia resolvió:

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana Castillo Quiroga

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

***“PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de la vinculación de la señora ADRIANA CASTILLO QUIROGA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada ante el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 01 de diciembre de 1995, e igualmente declarar la nulidad de la vinculación efectuada ante HORIZONTES PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., el 01 de octubre de 1999; y en consecuencia, ordenar la devolución de sus aportes junto con los rendimientos financieros sin la posibilidad de descontar gastos de administración, si lo propio no se hubiere hecho, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: DECLARAR** no probadas las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, según las consideraciones precedentes. **TERCERO: CONDENAR** en costas a la parte demandada FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y a favor de la señora ADRIANA CASTILLO QUIROGA, fijando agencias en derecho en la suma de \$877.803,00 M/CTE. Tásense oportunamente por Secretaría (...)*”

El sentenciador arribó a la anterior determinación al considerar que, del material probatorio obrante en el expediente, en especial de la prueba documental, se puede extraer, que la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR no había cumplido con la obligación de suministrar asesoría e información adecuada con miras a que se logre verificar la autonomía de la voluntad del afiliado al momento de efectuarse el traslado de régimen, al traste, la demandada

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana Castillo Quiroga

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

no suministró siquiera la solicitud de vinculación a PORVENIR, donde repose la firma de la afiliada para el año 1995, tampoco, se allegaron soportes que den cuenta de la asesoría brindada al momento del traslado de la demandante.

Indica la instancia, que no reposan en el plenario soportes donde obre esa manifestación de aceptación, comprensión y conocimiento de las ventajas y desventajas de ese traslado por parte de la demandante, a pesar, de que una vez se escuchó la versión rendida por esta, donde informó, que sí firmó esa solicitud, que leyó el formulario, que tiene una cuenta de ahorro individual, estimó el juez *a quo* que de aquel interrogatorio de parte no se logró conseguir una confesión de conformidad con el artículo 191 del CGP, arrojando de ese acto procesal manifestaciones que pudieran traer efectos adversos para este o que favorecieran a la parte contraria; por el contrario, rememoró en lo vertido que la información dada por los asesores fue muy general, que fue engañosa, falaz. También dijo que, en el año 94 cuando llegó vinculada a la Fiscalía fue abordada por asesores de los fondos privados en especial de PORVENIR, donde le indicaron que iba a obtener un mayor rendimiento, que se podría pensionar a cualquier edad, que el ISS se iba a acabar, entre otros aspectos que, llevaron a la demandante a no tomar la mejor decisión.

Concluyó entonces, que para la demandante la información no fue clara ni específica, que también se le dijo por parte de los asesores, que se iba a pensionar a una edad más temprana, que una vez se trasladó, en ocasiones no recibía los extractos de esa cuenta de ahorro individual, que no recibió una asesoría posterior, que mucho después se dio cuenta

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana Castillo Quiroga

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

de que lo que le habían ofrecido y prometido no era cierto, entre otras falencias en la información, presentada al momento del traslado, así como, la que se le brindó cuando se encontraba ya afiliada en PORVENIR, por lo que reiteró que de lo vertido por la interrogada no se asemeja a una confesión.

Por su parte, consideró el juez de instancia, que no existe prueba de que se haya hecho la suscripción del formato de afiliación de forma libre y voluntaria, al contraste, de los testimonios traídos a juicio a instancia de la demandante, quienes a pesar de no ser testigos directos del momento de la afiliación, si dan cuenta de que se realizó un traslado masivo de trabajadores de los fondos públicos a los fondos privados, que esto se presentó luego de que acudieran a sus sitios de trabajo, asesores que les prometieron que iban a quedar mejor pensionados, quienes nunca les informaron las desventajas de ese traslado ni se les hizo una proyección pensional o algo por el estilo, estos testimonios se muestran veraces y contestes para el juzgador porque trabajaban en la misma empresa que la actora y también realizaron el traslado de régimen al RAIS.

Por lo anterior, estableció el juez que PORVENIR no había cumplido con la obligación de suministrar asesoría e información adecuada con miras a que se logre verificar la autonomía de la voluntad del afiliado al momento de efectuarse el traslado de régimen, al traste, se advierte es esa concepción genérica de que se realizó de forma libre, voluntaria y sin presiones, tal como consta de la versión de la demandante en el acto de vinculación, sin que ello sea suficiente para acreditar como real el consentimiento para adoptar dicho traslado de conformidad como lo ha decantado la jurisprudencia, por lo que le correspondía a

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana Castillo Quiroga

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

PORVENIR S.A. demostrar suficientemente que había brindado el buen consejo, que había dado a conocer los beneficios y desventajas del cambio de régimen en virtud de la carga de la prueba que está en cabeza de la administradora de pensiones por la dimensión de dicha actuación y por estar la administradora en mejor condición para demostrar ese consentimiento informado.

Por lo reseñado, concluyó que al no haber existido esa decisión informada por parte de la señora ADRIANA CASTILLO QUIROGA, no es necesario probar con rigurosidad los vicios del consentimiento, pues ese engaño se produce en la omisión y en la falta de ese deber de información a cargo del fondo de pensiones que realiza el traslado del régimen al afiliado que desconoce los efectos y las consecuencias de dicho acto, tal como lo ocurrió a la demandante a quien faltaron, al informarle sobre las ventajas, pero no las desventajas del traslado y no obra en el plenario prueba que demostrara que ello hubiese ocurrido, es por ello que las excepciones propuestas por la parte demandada en el presente asunto no pueden salir adelante, entonces al no existir ese consentimiento informado hacía el demandante al haberlo trasladado al RAIS se torna ineficaz ese tránsito de régimen y no produce ningún efecto.

En relación a la prescripción de la acción, afirmó que tampoco tiene aplicación ya que el derecho reclamado tiene una absoluta relación con la pensión de jubilación de la demandante, porque se trata de la ineficacia de traslado de una pretensión declarativa, que al estar relacionada al derecho fundamental a la seguridad social es imprescriptible, de conformidad con la Sentencia SL 1421 de 2019.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana Castillo Quiroga

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:

4.1. ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR:

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de Porvenir interpuso recurso de apelación argumentando en primer lugar que, no se puede hablar dentro de la decisión de que se incurrió en un vicio en el traslado de régimen, pues esa decisión fue consciente y voluntaria, y la proyección establecida para el año 2019, que arrojó un margen significativo del monto pensional a recibir entre los diferentes regímenes no implica la violación del consentimiento de la demandante respecto de la escogencia de afiliación; ahora bien, precisa el censor que no es posible la exigencia de requisitos adicionales que no se encontraban contemplados para la fecha del traslado, pues solo hasta la expedición de la Circular 016 de 2016, de la Superintendencia Financiera, surgió la obligación de guardar soporte físico que den cuenta de la doble asesoría, con anterioridad a dicha fecha no existía la obligación de guardar soportes documentales sobre las asesorías al afiliado, por lo que para la fecha del traslado se podía entregar a las personas interesadas en realizar un traslado entregar información verbal, lo que no es indicativo de que no fueran veraces, completas y oportunas, por lo que no se podía pedir a la administradora actuar de otro modo, siendo que, lo que se hizo con la afiliada se encuentra ajustado a la norma para la época de los hechos.

En el mismo sentido, refiere el apelante que la obligación de rendir proyecciones fue obligatoria, solo hasta la expedición de la Ley 1748 de

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana Castillo Quiroga

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo que, le resulta claro que para el año de 1994 no existía esa imposición normativa, tampoco de guardar soportes físicos de las asesorías recibidas, mucho menos de cumplir con requisitos que no estaban contemplados, esto amparado en el principio de que nadie está obligado a lo imposible, ahora, no puede escudarse la demandante en el desconocimiento de la norma, pues con la expedición de la ley, se entiende el conocimiento pleno de la misma por parte de todos los ciudadanos, aún más lo será para una profesional del derecho como lo es la demandante, por lo que 23 años después no se puede ampararse la demandante en que su consentimiento estuvo viciado.

Por otro lado, refiere el demandado que la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, no incumplió con el deber de información, pues nunca se ha negado a brindar información frente a las solicitudes de sus afiliados, pues siempre lo ha hecho de forma oportuna, veraz y completa, además, no se vicio el consentimiento.

Finalmente, solicita de forma subsidiaria que en caso de que se llegase a confirmar la decisión apelada, no se ordene la devolución de gastos de administración que remuneran la gestión del fondo de pensiones, ni los gastos que fueron dispuestos para las primas de seguro provisional, por cuanto, se estaría afectando la sostenibilidad de los fondos de invalidez y sobrevivencia, el orden económico del sistema y se vulneraría derechos y garantías constitucionales debidamente protegidas, proceder contrario a ello conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa; por otro lado, solicitó se exima de condena en costas y agencias en derecho, teniendo en cuenta que la administradora ha obrado dentro del marco de la buena fe.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana Castillo Quiroga

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

4.2. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES:

La apoderada judicial mostró su descontento con la decisión adoptada por el juez de primer grado, pidiendo en el recurso de apelación que se revocara la sentencia en su integridad, luego de realizar un recuento jurisprudencial, refirió que no es conforme a derecho declarar la nulidad del cambio de régimen, por falta de información respecto del traslado del afiliado, siendo que las mismas contemplan varias etapas, las cuales se encuentran establecidas en varias normatividades que relacionó en su intervención como la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular 016 de 2016, de la Superintendencia Financiera, por lo que no es válido jurídicamente imponer a las administradoras requisitos que no se encontraban regulados normativamente para el momento del traslado de la afiliada, tal exigencia raya con el principio de la confianza legítima que debe primar en los procesos judiciales.

Lo anterior, acotó la censora, vulnera el debido proceso de COLPENSIONES que sin haber participado del acto de traslado deba afrontar la carga de la prestación, así mismo, en relación de a quien le corresponde la carga de probar, sostiene que en diferentes fallos de la Corte Constitucional le atribuyen dicha obligación a quien desee probar un supuesto de hecho, así entonces, las administradoras de pensiones desde el año 2016, solo cuentan con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para efectuar el traslado de régimen, pues las leyes para la época, esto es, el año 1994, reitera, no contemplaban dichos requisitos, pues solo se exigía dicho documento de afiliación, donde se

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Adriana Castillo Quiroga
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.
Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

constataba la voluntad de pertenecer a dicho régimen pensional, por parte del afiliado.

4.3 ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA:

En acatamiento de lo establecido en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, mediante proveído del 29 de septiembre de 2022, se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos, término dentro del cual las partes hicieron uso de dicha prerrogativa tal y como se evidencia en el link correspondiente, cada uno reafirmando lo esbozado al momento en que fue interpuesto el recurso de apelación durante el transcurso de la primera instancia.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

5.1. Competencia

Como quiera que la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia, Caquetá, fuera recurrida por las entidades demandadas, de conformidad con el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, corresponde a esta superioridad resolver el recurso de alzada.

Debe señalarse en primer lugar que los llamados presupuestos procesales que tanto la doctrina como la jurisprudencia reclaman para su cabal desenvolvimiento, se encuentran debidamente establecidos y

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Adriana Castillo Quiroga
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.
Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

al no existir nulidad alguna que los invaliden, es procedente por parte de esta Corporación proferir sentencia que resuelva de fondo el asunto planteado.

5.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Corresponde a la Sala determinar si fue eficaz, libre y voluntario, o no, el traslado de régimen pensional realizado por la demandante.

De ser positiva la respuesta, se estudiará si es procedente ordenar la devolución de los aportes realizados, sin efectuar descuento por rendimientos o gastos de administración, tal y como lo determinó el juez de primera instancia.

5.3 PREMISAS NORMATIVAS:

5.3.1. DE LA EFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL:

De acuerdo con lo dispuesto por el literal E, del artículo 13, de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º, de la Ley 797 de 2003, los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen pensional que prefieran, permitiéndoles el traslado de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial, sin que el afiliado pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana Castillo Quiroga

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

No obstante, dicha disposición ha sido decantada en abundante jurisprudencia de las Altas Cortes, en la que se ha determinado que la prohibición de traslado establecida en el aparte normativo citado, *vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social de los afiliados, en tanto presenta una extralimitación desproporcionada e irracional.*¹ Por lo dicho, existe la posibilidad de que, judicialmente, pueda declararse la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual y, en consecuencia, ordenar su retorno aun cuando al afiliado le falte menos de 10 años para cumplir la edad establecida para acceder a la pensión de vejez, siempre y cuando se demuestre que al momento de realizar el traslado cuya reversión se depreca, el afiliado no haya recibido información cierta, suficiente y oportuna por parte del Fondo privado.

Es así que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral del Tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria, es estrictamente necesario que el afiliado haya recibido la información debida al momento del traslado, pues dentro del proceso judicial, según lo dispuesto por esa magistratura en la sentencia SL4343 de 2019, es obligación de las administradoras demostrar que no hubo asimetría de la información y, por lo tanto, proveer a los jueces de todos los medios de convicción que permitan dar certeza de que, al momento de producirse el traslado entre regímenes, el afiliado contaba con todos los elementos de juicio suficientes para decidir libre y voluntariamente su situación particular.

¹ Sentencia C/081 de 2018 de la Corte Constitucional.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Adriana Castillo Quiroga
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.
Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4025 de 2021, puntualizó:

“Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

“Al respecto, la Sala en sentencia CSJ SL782-2021, en la que rememoró la SL19447 y SL4964-2018, sostuvo:

“Al efecto, sobre la decisión libre y voluntaria que debe acompañar al acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la jurisprudencia de esta Sala, en sentencia SL19447-2017, ha sido consistente en señalar que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se limita a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, habrá de estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea. 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,

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Adriana Castillo Quiroga
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.
Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

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.

“Ahora bien, conforme lo viene adoctrinando esta Sala, en tratándose del alcance del derecho a seleccionar un régimen pensional, el afiliado ostenta la facultad de optar por uno, en forma libre, informada, espontánea y sin presiones, lo que a su vez se constituye en una garantía del afiliado amparado por el régimen de transición, por hacer parte del núcleo esencial del derecho fundamental irrenunciable.

[...]

“En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

“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

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana Castillo Quiroga

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

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."

Quiere decir ello que ante la ausencia de prueba suficiente que permita advertir que el afiliado fue debidamente informado será procedente declarar la ineficacia del traslado.

5.4. PREMISAS FÁCTICAS:

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Corporación se debe determinar inicialmente, si fue eficaz, libre y voluntario, o no, el traslado de régimen pensional realizado por la demandante.

Para la Sala no es materia de discusión estos presupuestos facticos: i) que la señora Adriana Castillo Quiroga nació el 03 de octubre de 1961; ii) que cotizó al ISS entre el 12 de marzo de 1986 hasta noviembre de 1995 (documento 01 página 21 C1); iii) que el traslado al régimen de ahorro individual, surtió efectos a partir de diciembre de 1995 (documento 01 página 23 C1).

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana Castillo Quiroga

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

Puestas así las cosas, y en aras de resolver el problema el problema jurídico planteado, imperioso resulta traer al escenario lo decantado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la obligación de información y asesoría de las AFP, plasmada entre otras en la SL1452 de 2019 y SL 1688 de 2019, reiterada en la SL4981/2020, en la cual precisó que, dicha obligación surgió desde la misma creación de la Ley 100 de 1993 en especial según el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues señaló que para entenderse la decisión y expresión de ser la afiliación *libre y voluntaria* “*necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole.*”

Para fundamentar lo anterior, la Corporación ratificó que la obligación de información, de vieja data e incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, existía a la luz de lo dispuesto por el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, obligación que se relleva en virtud de la importancia de las obligaciones de las administradoras de fondos de pensiones y la trascendencia social que acarrea, puesto que una decisión que no cumpla con esas características puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, es por ello que la citada Corporación señaló que la administradora de pensiones hace incurrir en engaño al administrado cuando falta a su deber de información, **no sólo en lo que afirma sino también en los silencios que guarda quien a nombre de la AFP gestiona la afiliación**, por lo que debe cumplir con la correspondencia a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana Castillo Quiroga

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

Así mismo, debe recordarse que, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Así pues, la obligación de información, comprende no solo informar los beneficios del régimen al que pretende trasladarse, sino también las desventajas, informar el monto de la pensión o cómo se estructura la misma en ambos regímenes, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, esto es, todas las implicaciones y la conveniencia, para así determinar que la decisión y declaración de aceptación estuvo precedida de la suficiente información para convalidar el acto jurídico del traslado.

Aclarado lo anterior y en armonía con la jurisprudencia en cita para esta Corporación resulta diáfano que la AFP Porvenir S.A, incumplió su deber de información sobre las ventajas o desventajas que tendría el cambio de régimen de ahorro individual con solidaridad, la cual se surtió con la suscripción del formulario por parte de la actora, sin que se le pusieran de presente la situación real y los riesgos que asumía.

Esto teniendo en cuenta que en el caso de autos no existió una decisión informada y consiente, por lo que no se puede hablar de una manifestación libre y voluntaria por parte de la afiliada para trasladarse de régimen, pues si bien la parte vencida adujo que la actora había suscrito la documentación presentada de manera consiente, ello por sí solo no es suficiente a fin de acreditar que se le informó de manera clara,

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Adriana Castillo Quiroga
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.
Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

cierta y suficiente los efectos de que podía desencadenar ese cambio, actuación que debe surtirse durante todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, en este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de manera pacífica y reiterada, CSJ SL4025/2021 y SL17595/2017 entre otras, señalando que:

“[...] en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989).

“De suerte que COLFONDOS S.A no acreditó que le suministró al promotor del proceso los suficientes datos y explicaciones del traslado respectivo tal y

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana Castillo Quiroga

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

como se expuso en la esfera casacional, máxime que, en este asunto, se reitera, están en juego aspectos tan trascendentes como la pérdida de la transición, y de contera la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, se requiere acudir a una hermenéutica que se avenga a los principios que inspiran al sistema y a los regímenes pensionales, en los que se prevé el traslado libre y voluntario, e incluso a las disposiciones que en la ley así lo imponen.”

De lo anterior se concluye sin hesitación alguna que la AFP omitió el deber de información a favor de la señora Adriana Castillo Quiroga, la cual era de vital importancia, pues se trataba de traslado de régimen pensional, conduce a que la asesoría brindada no fuese eficaz pues no le comunicó sobre su real situación, ni le hizo las advertencias del caso, por tanto, es evidente que no existió una decisión suficientemente informada y consciente, tal como lo aduce el recurrente.

Pues no puede pretender el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que con la mera suscripción del formato pre impreso se suplan los requerimientos de información requeridos a fin de dotar al potencial afiliado de la información clara y suficiente para acogerse al régimen que le brinde mayor garantía a su derecho pensional, aunado a ello es imperioso poner de presente que el formato pre impreso de afiliación únicamente recolecta información generalizada.

Ha reseñado la Corte Suprema de Justicia de antaño que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, de ahí la necesidad de un consentimiento informado, pues la firma del formulario y las afirmaciones consignadas en este, no son suficientes

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Adriana Castillo Quiroga
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.
Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

para dar por demostrado el deber de información, con ello se acredita el consentimiento, pero no *informado*.

Es de recordarse que la carga probatoria de acreditar el vicio de consentimiento, según reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal de Cierre corresponde a la AFP, a quien compete acreditar que cumplió con el deber de asesoría e información a los potenciales afiliados, pues son estas quienes deben brindar información en todas las etapas de proceso tal y como se señaló ut supra, así se rememora en CSJ SL4025/2021, SL782/2021 al citar la sentencia CSJ SL, 9 de sep. 2008, rad.31989, donde se indicó que:

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”.

Aunado a ello, en términos del artículo 1604 del Código Civil, según el cual: *“La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”*, diligencia que no se agota únicamente con arribar al proceso los documentos suscritos por la actora, tal y como pretende la AFP Porvenir, sino que debe evidenciar que al asesoría brindada fue suficiente, a fin de que la decisión adoptada fuera completamente libre en voces del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, situación que no se acreditó en el presente caso.

Por tanto, en el presente asunto, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS, la demandante hubiera

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana Castillo Quiroga

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita solo con el formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional, por lo que ajustada resulta la determinación adoptada por el a quo.

En este orden de ideas, se procederá ahora a desatar lo atinente a la prescripción alegada por la recurrente, en este aspecto es claro para la Sala, que dicho fenómeno no opera en la acción de nulidad de traslado de régimen, al tratarse de un asunto ligado a la construcción del derecho pensional y en dicha medida se encuentra relacionado con la aquiescencia de la pensión, otorgándole el status de imprescriptible, así pues, este tipo de asuntos no puede sacrificarse por el paso del tiempo SL 361/2019.

Sobre este tópico, la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la acción de traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible, así lo decantó en sentencia SL8544/2016, SL566/2018 entre otras y la SL4981/2020 en la cual reiteró lo acentuado en la SL12715/2014, en la que expresó:

“(...) según reiterada jurisprudencia de esta Corporación, no prescriben ni (i) el derecho a la pensión o el status jurídico de pensionado, como tampoco (ii) la acción tendiente a que mediante una decisión judicial se declare que un hecho ocurrió de determinada manera.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Adriana Castillo Quiroga
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.
Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

“De ahí que, en cualquier tiempo se pueda promover un proceso para que con efectos de cosa juzgada se determine el modo o la causa en que terminó un contrato de trabajo.”

Esto teniendo en cuenta que desde que se produce el acto carece de efectos jurídicos, en consecuencia los afiliados al sistema general de pensiones pueden en cualquier momento pedir la tantas veces mencionada ineficacia, posición pacífica y reiterada desde la CSJ SL795 de 2013, en la que se indicó que *«el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión [...]»* SL4981/2020.

Ahora bien, analizado lo anterior entra la Sala a estudiar lo atinente al traslado de los aportes al RPM, junto con los rendimientos y sin efectuar descuentos por gastos de administración, tal y como lo determinó el juzgador de primera instancia, aspecto objeto de reproche por el la AFP Porvenir.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4015 de 2021, señaló que debido a que la declaratoria de ineficacia del traslado tiene efectos *ex tunc*, las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, implica ello que la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual debe ser plena y con retroactivos; incluye esto los valores cobrados a título de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes para garantía de la pensión mínima.

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Adriana Castillo Quiroga
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.
Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

Lo anterior fue objeto de análisis en la sentencia CSJ SL3199/2021, reiterada por la SL4015/2021 y en la SL4749/2021, en la que en un caso similar al de autos ordenó la devolución de lo consignado en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, poniendo de presente que:

“como la declaratoria de ineficacia produce efectos desde siempre, las cosas deben retrotraerse a su estado inicial, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones -debidamente indexados- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, razón por la que no es viable acceder a la súplica del recurso en cuanto a dicho aspecto se refiere.(negrilla propia)

Por lo expuesto resulta acertada la determinación adoptada por el juzgado de primera instancia al ordenar la devolución de los aportes junto con los rendimientos y gastos de administración, pues como se expuso ut supra, la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia que se retrotraiga todo al estado anterior a la afiliación, por lo que aportes, rendimientos y gastos de administración deben ingresar al régimen de prima de prima media, razón por la que no es viable acceder a la súplica del recurso en cuanto a dicho aspecto se refiere.

Suficientes a criterio de la Sala resultan las argumentaciones que se han dejado expuestas en esta providencia, para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 01 de diciembre de 1995

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana Castillo Quiroga

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

del RPM al RAIS, tal y como se dejó expuesto en esta providencia, razonamientos que desde luego, también constituyen respuesta suficiente a las demás excepciones de mérito que fueron formuladas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., respectivamente, las cuales se estiman infundadas, dada la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Así las cosas resulta acertada la decisión proferida el 25 de junio de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia, Caquetá, en consecuencia se confirmará en su integridad y se impondrá condena en costas a la parte apelante demandada con sujeción al artículo 365-3 del C. G. del P., aplicable al proceso laboral por remisión expresa del artículo 145 del C. P. del T. y de la S. S., las cuales se liquidaran por el juzgado de primera instancia en la forma prevenida por el artículo 366 ibídem.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE FLORENCIA, CAQUETÁ, SALA CIVIL FAMILIA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de junio de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Adriana Castillo Quiroga

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado: 18001-31-05-002-2019-00197-01

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte apelante de conformidad con el artículo 365-3 aplicable al proceso laboral por remisión expresa del artículo 145 del C. P. del T. y de la S. S., las cuales se liquidarán por el juzgado de primera instancia en la forma prevenida por el artículo 366 ibídem.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GILBERTO GALVIS AVE

Magistrado

MARÍA CLAUDIA ISAZA RIVERA

Magistrada

-Con Permiso Justificado y Legalmente Concedido-



DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO

Magistrada