

Proceso: *Ordinario Laboral*
Demandante: *Emilse Rojas Audor*
Demandado: *Administradora Colombiana de Pensiones y Porvenir.*
Radicado: 18001-31-05-002-2019-00302-01
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 11 de noviembre de 2021¹ - proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, que declaró la ineficacia del traslado a favor de la señora EMILSE ROJAS AUDOR dentro de la demanda formulada contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, con radicado No. 18001-31-05-002-2019-00302-01.

1. ANTECEDENTES:

¹ Archivo No. 28 Expediente Digital.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

La señora EMILSE ROJAS AUDOR por medio de apoderado judicial formuló demanda Ordinaria Laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, y el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR con el fin de que se declare que su prohijada no fue advertida de las consecuencias que derivaba el cambio de régimen y de contera la pérdida de los beneficios establecidos en el régimen de prima media; por consiguiente, pide que se declare la ineficacia de la afiliación a PORVENIR y se ordene la devolución de los aportes, junto con sus rendimientos a COLPENSIONES; que se condene en costas y agencias en derecho y demás declaraciones ultra y extra petita.

El fundamento fáctico de sus pretensiones se sintetiza de la siguiente manera: i) Que nació el 9 de abril de 1967; ii) Que durante su vida laboral, ha trabajado para el sector público y privado, completando un total de 1336 semanas cotizadas; iii) Que la señora EMILSE ROJAS AUDOR, efectuó cotizaciones al RPMPD hasta el mes de febrero de 1997, alcanzando un total de 230 semanas; iv) Que en el mes de febrero de 1997, la señora ROJAS AUDOR fue visitada por promotores de PORVENIR, quienes le propusieron vincularse al RAIS y conseguir su pensión en dicho régimen; v) Que una vez efectuado el traslado se eliminan los beneficios del régimen de prima media, entre tanto también se afecta el IBL del afiliado ofreciéndole así una pensión muy por debajo de lo normal; vi) Que los funcionarios de PORVENIR no le advirtieron las consecuencias de cambiar de régimen, lo que perdía y las condiciones en que se iban a ver afectados sus intereses, procediendo a firmar el formulario sin conocer esos aspectos, que tampoco fueron informados por los asesores; vii) Que la señora EMILSE ROJAS AUDOR, continúa

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

cotizando al régimen de ahorro individual de forma ininterrumpida;
viii) Que la afiliación de EMILSE ROJAS AUDOR se torna ineficaz en virtud de la falta de información por parte de PORVENIR sobre las consecuencias que derivaban el cambio de régimen.

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 octubre de 2019, luego de ser subsanada por la demandante se admitió el 14 de noviembre 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 se llevó a cabo de manera satisfactoria.

Una vez surtida la notificación COLPENSIONES contestó la demanda el 7 de febrero de 2020, manifestando que eran ciertos los hechos 1, 2, 3, y 10, precisando que los hechos 4, 6, 7, 8 y 9 no le constaban, que el 5 no era un hecho y el 11 no era cierto. Frente a las pretensiones se opuso manifestando que la administradora de pensiones ha cumplido cabalmente con sus obligaciones, los actos administrativos que ha emitido con ocasión al traslado de la demandante se encuentran en firme por ausencia de opugnación a los mismos y que el traslado se presentó de forma libre y voluntaria. Se opuso a la condena en costas por cuanto

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

la administradora de pensiones, actuó en debida forma dando respuesta a los requerimientos hechos por el actor.

Desde ese punto de vista, propuso como excepciones de fondo las que denominó: i) prescripción, ii) falta de prueba, iii) buena fe, iv) inoponibilidad por ser tercero de buena fe; v) responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; vi) la genérica y vii) la extra y ultra petita.

El fondo de pensiones y cesantías PORVENIR contestó la demanda el 01 de octubre de 2020, se opuso a todas las pretensiones, frente a los hechos indicó que eran ciertos el 2, 3, 4 y 10, que los hechos 5, 6, 7, 8, 9 y 11 no eran ciertos y dijo no constarle el hecho 1.

Con ese criterio propuso las excepciones de mérito denominadas: i) prescripción; ii) prescripción de la acción de nulidad e ineficacia; iii) cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; iv) buena fe; v) carencia de acción y falta de causa en las pretensiones de la demanda; vi) validez del traslado de la demandante al RAIS a través de la vinculación al fondo de pensiones obligatorias administrado por PORVENIR; vii) mala fe de la demandante pretendiendo obtener un provecho indebido.

Mediante auto del 7 de abril de 2021, se tuvo por contestada la demanda presentada por COLPENSIONES y PORVENIR y se 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.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

El 12 de julio de 2021, 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 las contestaciones, y se ordenó la práctica del interrogatorio de la actora.

El 11 de noviembre de 2021, se realizó la segunda audiencia de trámite en la cual se practicó 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:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la vinculación de la señora EMILSE ROJAS AUDOR al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada ante el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 01 de abril de 1997; y en consecuencia, **ORDENAR** la devolución de sus aportes y bonos pensionales si los hubiera, 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 las entidades demandadas FONDO DE PENSIONES Y

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

CESANTÍAS PORVENIR S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, según las consideraciones precedentes. (...)”

El sentenciador arribó a la anterior determinación al considerar que, del material probatorio en especial de la prueba documental, se podía 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 lograra verificar la autonomía de la voluntad del afiliado al momento de efectuarse el traslado de régimen, al traste, se advierte es esa concepción genérica que se realizó de forma libre, voluntaria y sin presiones, tal como consta en la solicitud 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 PORVENIR 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 estaba 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.

Señaló que, la demandada solicitó el interrogatorio de parte de la señora EMILSE ROJAS AUDOR, pero de lo vertido de aquel no se pudo 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; reiteró que nunca le informaron las implicaciones de realizar el traslado de

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

régimen a efectos de obtener el derecho pensional, que incluso manifestó la actora que la única información que recibió de los asesores de PORVENIR fue que el ISS se iba a acabar y que se podía pensionar en cualquier edad, pero de resto no le habían brindado ninguna otra información, relacionada con extractos, la posibilidad de hacer aportes individuales, la rentabilidad de sus aportes y que solo cayó en cuenta sobre su afiliación cuando vio una noticia donde informaban sobre las implicaciones de encontrarse en el fondo privado, pero que era demasiado tarde para solicitar el cambio al fondo público por faltarle menos de 10 años para reunir los requisitos de la pensión de vejez, por lo que con ese interrogatorio no se consiguió exclusivamente una confesión, como algo que pudiera favorecer a la parte contraria.

Por lo reseñado, concluyó que al no haber existido esa decisión informada por parte de la señora EMILSE ROJAS AUDOR, 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 le ocurrió a la demandante a quien omitieron informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, y que por esa circunstancia, las excepciones propuestas por la parte demandada en el presente asunto no podían salir avantes, por lo que al no existir ese consentimiento informado hacía la demandante y haberla trasladado al RAIS se torna ineficaz ese tránsito de régimen y no produce ningún efecto.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

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.

4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:

4.1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES:

Inconforme con la decisión adoptada, la apoderada judicial de esa entidad interpuso recurso de apelación solicitado la revocatoria de la sentencia de primera instancia, por cuanto refiere que no es conforme a derecho declarar la nulidad del cambio de régimen, pues de las pruebas obrantes en el expediente las cuales dan cuenta del traslado que efectuó la señora EMILSE ROJAS AUDOR al régimen de ahorro individual que es administrado por PORVENIR y que mantuvo por más de 20 años, tiene plena validez, aunado a que la demandante durante todo ese tiempo no solicitó el respectivo traslado, denotando con ese silencio que ella tenía pleno conocimiento de las consecuencias del traslado de régimen y aun así permaneció en este, lo que impide alegar una nulidad por falta de información veraz, real y completa. Agrega, que existen verdaderos elementos de juicio para establecer la intención de la demandante de permanecer en el RAIS como lo es el de perdurar por

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

más de 15 años afiliado a PORVENIR, existiendo vocación de permanencia, así mismo, alega que de acuerdo a la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no es posible realizar el traslado de régimen para obtener la pensión de vejez, porque a la actora le faltan menos de 10 años para pensionarse.

Con relación a la condena en costas indicó que no es procedente la misma en tanto que COLPENSIONES siempre ha dado respuesta de forma oportuna a los requerimientos hechos por la actora y la administradora no participó en el acto que se señala de ilegal o ineficaz.

4.2. ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR:

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de Porvenir interpuso recurso de apelación argumentando que la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, no incumplió con el deber de información, por cuanto la decisión del juez de instancia se basa en normatividad posterior al año 1997, fecha en la que se efectuó el traslado de la señora EMILSE ROJAS AUDOR, indicando el fallador como fundamento de su decisión fallos de la Corte Suprema de Justicia del año 2019, tales como el SL 1421, SL 4360, SL 5462, SL 1688, soporte jurisprudencial que claramente no corresponde al año de vinculación de la afiliada a PORVENIR, esto es, el año 1997.

Afirmó el apelante que, contrario a lo considerado por la instancia, la entidad que representa cumplió a cabalidad con las obligaciones en

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

materia de información, establecidos en la normatividad vigente para la época de traslado de la demandante, porque al momento de efectuarse el traslado no se exigía al fondo de pensiones ofrecer información en los términos exigidos en la demanda y en la decisión confutada, pues ese enteramiento tan riguroso solo vino a ser exigido en principio por la Sala de Casación Laboral de la CJS y con posterioridad por demás normas legales y reglamentarias.

Señala el censor que, en ninguno de los apartes de la Ley 100 de 1993, se obliga a los fondos de pensiones a entregar ninguna clase de información en materia de afiliación al trabajador, quien de manera libre y voluntaria desee escoger la administradora de su preferencia, así mismo, el Decreto 656 de 1994, el cual regula las obligaciones de las administradoras de pensiones no menciona la obligación de entregar la información como la que aquí se demanda; es decir, si existe una obligación de brindar información necesaria veraz y suficiente a quienes quieren vincularse a determinado fondo pensional, pero esa exigencia no se transmite en una doble asesoría, en dar un buen consejo, desincentivar la afiliación, y que tampoco existía la obligación de informar los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes o el monto de la pensión que se obtendría, reitera, que esas obligaciones se han presentado con la normatividad reciente, pero no con la que regía para la época en la que se realizó el traslado.

Agregó, que para el momento del traslado las administradoras de pensiones no tenían la obligación de suministrar información de la manera en que lo solicita la demandante, dicha obligación de información como la que aquí se exige solo fue prevista a partir del

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

Decreto 2241 de 2010, es decir más de 10 años después de la fecha de afiliación, que en el Concepto 2017056668001 del 12 de julio de 2015, la Superintendencia Financiera precisó que esa obligación de información de las administradoras nació el 1 de julio de 2010, fecha de entrada en vigencia del decreto reseñado.

Refiere que, con la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, se reafirma lo dicho con anterioridad, aunado a que la Superintendencia Financiera en el Concepto 20151239 del 12 de diciembre de 2015, precisó que el deber de asesoría solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, donde las administradoras deben poner a disposición del afiliado herramientas financieras que le permitan verificar las consecuencias de su traslado, y que solo hasta la expedición de la Circular 016 de 2016, surgió la obligación de guardar soporte físico que den cuenta de la doble asesoría, ya que 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 información verbal, lo que no es indicativo de que no fueran veraces, completas y oportunas.

Precisa la demandada PORVENIR, que para la época del traslado no existía normatividad que exigiera la elaboración de proyecciones pensionales, que dicha obligatoriedad solo fue impuesta hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo que la administradora no estaba en la obligación de aportar pruebas que dieran cuenta de la doble asesoría y menos atribuirle la carga de la prueba obligándola a aportar documentales con miras a refutar lo dicho

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

por la demandante, a pesar de haberse demostrado que la demandante si recibió la asesoría y que fue ella quien manifestó su voluntad de firmar el formulario de aceptación, tratándose de una persona con estudios de nivel profesional, para el año 1997, ratificando su voluntad de permanecer en el RAIS al haber estado por más de 23 años en la administradora de pensiones, por lo que estima, que PORVENIR ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en la normatividad vigente para la fecha del traslado.

Indica también que, al momento del traslado de fondo de pensiones, no era obligación de la administradora PORVENIR sugerir al demandante cuál era el régimen le convenía más, porque esa exigencia surgió con la Ley 1328 del año 2009 y del Decreto 2241 de 2010, también, porque así se realice un estudio de la historia laboral, no es posible determinar qué régimen es más conveniente, pues la pensión depende de un hecho incierto y futuro, por lo que es el afiliado conforme a sus expectativas futuras quien debe asumir los riesgos de uno u otro régimen. Aduce que no corresponde a los jueces declarar la ineficacia de un traslado, teniendo como soporte un error en la expresión del consentimiento por la falta de información, porque no se puede hablar de un error de la expresión del consentimiento cuando todo obedece a la falta de diligencia del trabajador al no indagar respecto de las condiciones que le ofrecía el régimen de ahorro individual, yerro atribuible a quien lo alega, pues de haber actuado con la diligencia debida no se hubiera configurado tal error.

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

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

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 vulnerarían derechos y garantías constitucionales debidamente protegidos, adicional a que la misma norma estableció la posibilidad de que las administradoras tomaran un 3% del total de los aportes para gastos de administración, y que proceder en contrario, conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa. Finalmente solicitó se exima de condena en costas, teniendo en cuenta que la administradora ha obrado de buena fe.

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

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

Laboral del Circuito de Florencia, Caquetá, fue recurrida por la parte demandada, de conformidad con el artículo 66 del C.P.L y de la S.S, corresponde a esta Sala especializada resolver el recurso de alzada.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO:

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

También y de acuerdo a las resultas de lo anterior se estudiará si es procedente ordenar la devolución de los aportes realizados, sin efectuar descuento por rendimientos y gastos de administración tal y como lo determinó el juez de primera instancia

5.3. PREMISAS NORMATIVAS:

5.4. 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 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.

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.*²

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 Corporación 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.

² Sentencia C/081 de 2018 de la Corte Constitucional.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

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, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

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 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

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

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.”

Lo anterior está indicando, que ante la ausencia de prueba suficiente que permita advertir que la afiliada fue debidamente informada será procedente declarar la ineficacia del traslado.

5.5. PREMISAS FÁCTICAS:

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Corporación se debe establecer 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 EMILSE ROJAS AUDOR nació el 9 de abril de 1967 (Documento 1 página 17 C1 Expediente Digital); ii) Que cotizó al régimen de prima media con prestación definida un total de 230 semanas desde el 30 de agosto de 1988 hasta febrero de 1997 (Documento 1 página 18 C1 Expediente Digital); iii) Que el traslado al régimen de ahorro individual surtió efectos desde el 1 de marzo de 1997 (Documento 1 páginas 17 a 24 C1 Expediente Digital).

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

Puestas así las cosas y en aras de resolver 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 con el literal b) del artículo 13, 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: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

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, que la obligación de información, comprende no solo la de informar sobre 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.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa, 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

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

clara, cierta y suficiente los efectos que podían desencadenar de 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 como se expuso en la esfera casacional, máxime que, en este asunto, se reitera,

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

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 lugar a hesitación alguna que la AFP PORVENIR S.A., omitió el deber de información a favor de la señora EMILSE ROJAS AUDOR, la cual era de vital importancia, pues se trataba del traslado de régimen pensional, generando 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 dedujo el sentenciador de primera instancia.

Adicionalmente, no puede pretender el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que con la mera suscripción del formato pre impreso se suplen 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, sumado a que, resulta 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: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

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

Es bueno recordar, que la carga probatoria de acreditar el vicio del consentimiento, según reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal de Cierre, corresponde a la AFP, a quien compete demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información a los potenciales afiliados, pues son éstas 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”.

Agréguese a lo precedentemente anotado, que el artículo 1604 del Código Civil, establece: *“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 la asesoría suministrada fue suficiente, a fin de que la decisión adoptada fuera completamente libre según voces del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, situación que no se acreditó en el caso que nos ocupa.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

Por tanto, en el presente asunto, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS, la demandante hubiera 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 a la posición jurisprudencial de la H. C. S. J. 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

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

acción tendiente a que mediante una decisión judicial se declare que un hecho ocurrió de determinada manera.

“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, desatado lo anterior entra la Sala a estudiar lo atinente al traslado de los aportes al RPM, junto con los rendimientos sin que haya lugar a efectuar descuentos por gastos de administración, tal y como lo determinó el juzgador de primera instancia, aspecto objeto de reproche por la AFP PORVENIR.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4015 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, lo cual implica, que la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual debe ser plena y con retroactivos;

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

incluyendo los valores cobrados a título de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes para garantía de la pensión mínima.

Lo anterior fue objeto de análisis en la sentencia CSJ SL3199/2021, reiterada por la SL 4015/2021 y en la SL 4749/2021, en la que en un caso similar al que aquí nos concierne 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 media, razón por la cual, no tiene vocación de

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

prosperidad el recurso de apelación incoado por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., respectivamente.

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 marzo de 1997 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, atinada se estima la decisión proferida el 11 de noviembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia, Caquetá. Por tal razón, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia objeto de impugnación, imponiéndose como es obvio la condena en costas a la parte apelante de conformidad con el artículo 365-3 del C. G. del P., aplicable en materia laboral por remisión expresa del artículo 145 del C. P. del T., y de la Seguridad Social.

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

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Emilse Rojas Audor

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y otra.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte apelante de conformidad con lo señalado en el artículo 365-3 del C. G. del P., las cuales serán liquidadas 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