



Tribunal Superior del Distrito Judicial

Florencia - Caquetá

SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL
Sala Segunda de Decisión

Magistrada Ponente
MARIA CLAUDIA ISAZA RIVERA

Junio treinta (30) de Dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICADO: 18-001-31-05-002-2017-00306-01
DEMANDANTE: JORGE ANÍBAL OSPINA ARCILA
DEMANDADO: COLPENSIONES y FONDO DE PENSIONES PORVENIR
TEMA: INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
PROYECTO DISCUSIDO Y APROBADO EN ACTA SCFL 050-2023

I. OBJETO DEL PROVEIDO

Se procede a decidir el recurso de apelación presentado por el demandado PORVENIR S.A, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia, Caquetá, el día 27 de agosto de 2018, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JORGE ANÍBAL OSPINA ARCILA, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, y el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR y el grado jurisdiccional de consulta de la misma sentencia, previos los siguientes,

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

JORGE ANÍBAL OSPINA ARCILA interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" y el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR, para que se declare:

- 1.1** Que el actor estuvo afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR, por el periodo comprendido entre el **01 de julio de 1995 y el 31 de marzo de 2010**.
- 1.2** Que para el traslado efectuado al actor, del Régimen de Prima Media con prestación definida – en adelante RPM- al régimen de ahorro individual con solidaridad – en adelante RAIS-

administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR, este último, no le brindó una completa y veraz información, incluso comparativa, en los dos regímenes existentes y sobre las consecuencias que su traslado tendría sobre el derecho de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consistente en la pérdida del mismo y en consecuencia, dicho **traslado es ineficaz**.

- 1.3** Que se condene al demandado al pago de las costas y agencias en derecho.

2.-Fundamentos Fácticos

Los hechos en que se fundamenta la demanda se pueden resumir así:

- 2.1** Que el señor JORGE ANÍBAL OSPINA ARCILA, nació el 13 de mayo de 1952, contando a la fecha de la presentación de la demanda con 63 años.
- 2.2** Que el actor cotizó al Instituto de Seguros Sociales durante 3 años, 09 meses y 15 días.
- 2.3** Que posteriormente laboró para el municipio de San Vicente del Caguán, durante 01 año, 03 meses y 21 días, según resoluciones Nos. 721 del 23 de abril de 2012 y GNR 296908 del 8 de noviembre de 2013.
- 2.4** Que el actor ha laborado para la rama judicial durante 25 años, 07 meses y 22 días y a la entrada en vigor la Ley 100 de 1993, el señor JORGE ANÍBAL OSPINA ARCILA, contaba con más de cuarenta años de edad.
- 2.5** Expone que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, esto es 29 de Julio de 2005, el señor JORGE ANÍBAL OSPINA ARCILA, había cotizado un total de 18 años, 01 mes y 06 días.
- 2.6** Que el actor cotizó para al Régimen de Prima Media con prestación definida – en adelante RPM –, un total de 08 años, 05 meses y 15 días.
- 2.7** Que el 01 de julio de 1995, se trasladó al RAIS administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., sin que se le brindara una completa y veraz información, incluso comparativa entre los dos regímenes y sin que se le hubiera explicado los efectos que a futuro que tendría dicho traslado sobre su derecho al régimen de transición.
- 2.8** Que el 01 de abril de 2010 regresó al RPM y el 01 de octubre de ese año, solicitó su reconocimiento pensional de acuerdo con el Decreto 546 de 1971, petición que le fue negada mediante Resolución 0721 de 2012, por no contar con 750 semanas al 29

de julio de 2005, necesarias para conservar el régimen de transición hasta el 2014.

2.9 Que mediante Resolución GNR 296908 del 8 de noviembre de 2013, la entidad resolvió de manera negativa recurso de reposición y mediante Resolución VPB 4242 del 26 de enero de 2015, la entidad revocó las anteriores resoluciones y reconoció la prestación reclamada con base al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a través del cual la entidad consideró que por haberse trasladado al RAIS sin contar con los 15 años de servicios o cotizados a la entrada en vigencia el Sistema General de Pensiones, Jorge Aníbal Ospina Arcila perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

3 Contestación de la parte demandada

3.1. COLPENSIONES

Colpensiones al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones del actor, expresando que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos, dado que cuando las personas de manera voluntaria se trasladan al RAIS y posteriormente se devuelvan al ISS, no podrán conservar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Presentó Colpensiones las excepciones de fondo de: i) aplicación de las normas legales, ii) Inexistencia de la obligación, iii) prescripción, iv) no hay lugar a cobro de intereses moratorios y v) la declaratoria de otras excepciones.

3.2. Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR

El demandado PORVENIR SA, también se opuso a las pretensiones del demandante, manifestando que el actor suscribió de forma libre y espontánea y sin presiones de ninguna naturaleza, su afiliación al RAIS el 5 de mayo de 1995 y posteriormente el 8 de octubre de 1996, ante la entidad HORIZONTE, brindándosele toda la información que debía conocer en el momento y a la cual estaba obligada, además que el afiliado tuvo todos los canales que pone a disposición Porvenir, para consultar sus proyecciones de las diferentes modalidades de pensión que maneja el RAIS.

Presentó las excepciones de mérito de: i) Buena fe, ii) renuncia al régimen de transición por cambio de régimen pensional, iii) no cumplimiento de los requisitos exigidos por el acto legislativo 01 de 2005, iv) prescripción, v) inexistencia de la obligación, vi) inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones Porvenir y vii) la genérica.

4 Actuaciones procesales relevantes

- 4.1** En auto del 28 de junio de 2017, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta Ciudad, admitió la demanda y ordenó su notificación a los demandados. En decisión del 02 de octubre de 2017, se corrigió y complementó el auto admisorio de la demanda, admitió la reforma de la demanda y decidió la no desvinculación de Colpensiones por estar en presencia de litisconsorcio necesario.
- 4.2** El 08 de mayo de 2018 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, saneamiento del proceso, fijación del litigio y el decreto de pruebas.
- 4.3** El día 27 de agosto de 2018, se recibió al actor interrogatorio de parte, se cerró el debate probatorio, se escucharon los alegatos de conclusión y se procedió a dictar el fallo de instancia correspondiente.

5 Sentencia de primera instancia

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia, profirió sentencia declarando la nulidad de la vinculación del señor JORGE ANÍBAL OSPINA ARCILA al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada ante el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., entre el 1 de Julio de 1995 y el 31 de Marzo de 2010 y en consecuencia ordenó la devolución de sus aportes junto con los rendimientos financieros, sin la posibilidad de descontar gastos de administración, a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-; Además declaró no probadas las excepciones de fondo y condenó en costas a las entidades demandadas.

Fundamentó su decisión manifestando que luego de analizar el acervo probatorio, no avizoró el Despacho la existencia de asesoría y la información adecuada para que pudiera predicarse una autonomía total de la voluntad del afiliado al momento de su traslado al RAIS y que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, le correspondía a PORVENIR S.A., demostrar con suficiencia que había brindado ese buen consejo, que había dado a conocer con suficiencia los beneficios y desventajas de dicho cambio, al existir una inversión de la carga de la prueba por lo relevante de la decisión y porque es quien tenía la posibilidad de allegar estas probanzas, situación que no se satisface con la publicación del diario el tiempo o los comunicados de prensa.

Finalmente arguyó que, por no haber decisión informada por parte del actor, no se hace necesario probar con rigurosidad los vicios del consentimiento, pues el engaño se traduce en la omisión y en la falta del deber de información por parte del fondo de pensiones que

efectuó el traslado del régimen del afiliado, toda vez que el actor no conoció los efectos y las consecuencias de tal actuación.

6. Recurso de Apelación

El apoderado del demandado, Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, apeló la sentencia de primera instancia, señalando que el demandante al suscribir la afiliación de forma libre, espontánea y voluntaria, hizo una manifestación de naturaleza formal, además que la entidad le instruyó e indicó las consecuencias, ventajas y desventajas que surgían antes de la suscripción o afiliación al RAIS.

Aduce que la entidad le expuso las consecuencias frente al régimen de transición, debido a que hacerlo era una obligación de Ley, que los asesores le indicaron las formas aplicables del RAIS, sus características y las modalidades que tenía para pensionarse. Que toda la asesoría por parte de Porvenir estuvo presidida de profesionalismo e idoneidad.

Expone el apelante, que el demandante no acreditó la mala fe de la entidad y que, de tenerse la vinculación del actor al RAIS viciada de nulidad, dicha declaratoria estaría prescrita conforme a lo establecido en el artículo 1750, por cuanto no está en discusión el derecho pensional sino la declaratoria de nulidad el traslado de fondo.

7. Alegatos en segunda instancia

En acatamiento de lo establecido en el inciso 2 del Artículo 15 del Decreto 806 de 2020, mediante proveído del 13 de diciembre de 2021, se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos, término dentro del cual, la apoderada judicial de Porvenir S.A., hizo uso de dicha prerrogativa, manifestando que, el demandante al suscribir de forma libre y espontánea formulario de afiliación, ratificó su traslado de régimen, además de que no presentó reclamación conforme a lo señalado en el artículo tercero del decreto 1161 de 1994 que establece un plazo de cinco (5) días siguientes a la fecha de vinculación, para presentar retracto al cambio de régimen; igualmente señaló que, el demandante está sujeto a la prohibición señalada en el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, el cual prohíbe expresamente el traslado de régimen pensional de personas a las que le falten 10 años o menos para llegar a la edad pensional. Finalmente señaló que, no es posible declarar la nulidad de la afiliación del demandante a ese fondo, por cuanto el consentimiento del demandante no se vio afectado ni por error, ni por dolo, conforme a lo previsto en el Artículo 1509 del Código Civil.

Por su parte, la apoderada judicial de Colpensiones, indicó que, una vez revisada la historia laboral del demandante, se encontró que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 504,71 semanas cotizadas al sistema pensional, equivalentes a 9 años y 9 meses, de los cuales 307 semanas fueron acreditadas en formato CLEBP No. 022, para la Rama Judicial y 197,71 se encuentran reflejadas en historia laboral, no cumpliendo así con el requisitos de los 15 años de servicios exigidos para la conservación del régimen de transición, motivo por el cual, el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez, ya que, verificado el aplicativo de historia laboral, se evidenció que, el demandante se encontraba afiliado al Régimen de prima media administrado por Colpensiones, desde el 02 de octubre de 1972, por lo que la afirmación de vicio del consentimiento en el contrato suscrito con AFP del RAIS, deberá ser probado.

Finalmente, el apoderado judicial de la parte demandante, señaló que, el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, tenía la obligación de probar que brindó la información veraz y precisa acerca de todos los aspectos sobre los que el traslado tendría incidencia, especialmente debió dejar claro al señor JORGE ANIBAL OSPINA ARCILA que, por tener (40) cuarenta años de edad, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993: 1) tenía derecho al régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; 2) que, perdería los beneficios del mencionado régimen, ya que no se le aplicaría el régimen anterior a la Ley 100 de 1993 del cual era beneficiario y; 3) que su derecho pensional sería reconocido y liquidado aplicando íntegramente el Sistema General de Pensiones (edad, tiempo de cotización y monto).

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Sala del Distrito Judicial de Florencia Caquetá, para conocer del recurso de apelación presentado por el demandado PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de fecha 27 de agosto de 2018, emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia Caquetá y el grado jurisdiccional de consulta de la misma sentencia, por ser superior funcional, por lo que a ello se procederá según en derecho corresponda.

2. Presupuestos procesales

Considera esta Sala que los presupuestos procesales que la doctrina y jurisprudencia reclaman para el normal desarrollo del proceso y proveer de mérito en el presente asunto se encuentran satisfechos a cabalidad. De igual manera no se avizora vicios de consentimiento o

procedimiento que genere irregularidades sustanciales que incida en la nulidad de la actuación procesal.

3. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala determinar los siguientes aspectos:

- i) Si resulta procedente declarar ineficaz la afiliación del señor JORGE ANIBAL OSPINA ARCILA, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., por no habersele advertido las consecuencias que derivan del cambio de régimen. En caso afirmativo, se deberá establecer si es viable realizar la devolución de aportes junto con los rendimientos financieros a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.
- ii) Si operó el fenómeno de la prescripción alegado por PORVENIR S.A., como excepción de fondo.

4. Marco Normativo y Jurisprudencial

4.1. Ineficacia del traslado

El literal E, del artículo 13, de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º, de la Ley 797 de 2003, establece que 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, en reiterada jurisprudencia de las Altas Cortes, se ha señalado que la prohibición de traslado establecida en la norma antes referenciada, *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 anterior, 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 relevante indicar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría, deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal

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

y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, sumado a la línea jurisprudencial informativa que expidió la Sala Laboral de la Corte suprema de Justicia este año.

En términos generales, se ha determinado sobre el tema de ineficacia de traslado de régimen pensional que i) el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, ii) la procedencia de la ineficacia del traslado, iii) la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

4.1.1. Deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones -AFP

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha precisado de manera reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas de cambio de régimen pensional.(CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Asimismo, también la jurisprudencia de la CSJ, Sala de Casación Laboral, ha señalado que el cumplimiento del deber de información no se agota con la sola firma del formulario de afiliación, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

La ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Es por dichas particularidades que se ubica a las Administradoras de Pensiones en el campo de la responsabilidad profesional, toda vez

que el servicio que presta concierne al interés público desde la perspectiva de los artículos 48 y 335 superior, de ahí que, se les imponga el deber de cumplir con suma diligencia, prudencia y pericia las obligaciones que taxativamente le señala la ley, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994.

Entre las obligaciones enrostradas está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, 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, por ello, el administrador experto debe 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.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, puntuó en la sentencia SL3632, Radicación N° 84942 del 28 de julio de 2021, Mag. Ponente JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN lo siguiente:

"En efecto, a partir de sentencias como las CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL17595-2017, CSJ SL2372-2018, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL1217-2021, entre muchas otras, esta corporación ha determinado que las administradoras de fondos de pensiones cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, prudente, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de su elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares e historia laboral, entre otras, y partiendo de la base de que en un sistema pensional complejo pueden presentarse asimetrías en la información.

Asimismo, ha determinado la Corte que, de conformidad con los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, la elección de un determinado régimen pensional debe ser libre y voluntaria, lo que implica, en la materialidad, que el afiliado cuente con información clara, transparente y contundente sobre las características de cada régimen y respecto de la dimensión y consecuencias de su decisión, por lo que, en

los términos de la Corte, debe estar acompañado por una libertad informada o consentimiento informado a la hora de adoptar cualquier determinación, más cuando alguna operación en tal sentido puede acarrearle graves consecuencias para la configuración de su derecho pensional (CSJ SL1421-2019, CSJ SL4806-2020).

4.1.2. De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Respecto de la carga de la prueba en los procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en reiterada jurisprudencia ha expresado que de conformidad al artículo 1604 del Código Civil “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo” lo que quiere decir que la carga de la prueba recae en el fondo de pensiones.

En este sentido, ha determinado esa Corporación, que la carga de la acreditación de esa información y acompañamiento al afiliado corresponde a los fondos de pensiones, en virtud de sus obligaciones con el sistema y teniendo en cuenta, entre otras cosas, que la carga de la prueba de la diligencia le compete a quien debe emplearla (CSJ SL19477-2017, CSJ SL1452-2019). Igualmente, que ese deber no se supera simplemente con el diligenciamiento de un formato o la adhesión a una cláusula genérica, sino con la comprobación de que el interesado tuvo «todos los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada» (CSJ SL1421-2019, CSJ SL1452-2019, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4630-2019). Finalmente, que las consecuencias de esas falencias en la información o de que el consentimiento del afiliado no hubiera sido informado es la ineficacia de la afiliación (CSJ SL4630-2019).

5.Caso en concreto

El apoderado de la AFP Porvenir S.A. apeló la decisión del a quo, al considerar que esa entidad actuó con diligencia al momento de suscribirse el contrato de aseguramiento con el actor, pues a este si se le brindó toda la información necesaria previo a su traslado, que se le indicaron las ventajas, desventajas y consecuencias de trasladarse al RAIS, entre ellas referidas al régimen de transición y la afiliación por parte del actor fue de manera libre, espontánea y voluntaria.

Además, que dentro del expediente no se acreditó la mala fe de Porvenir y que por estar en discusión la declaratoria de nulidad de traslado de fondo, tal declaratoria está prescrita de conformidad con el artículo 1750.

Así las cosas, se hace necesario determinar si el actor recibió información transparente, necesaria y objetiva acerca de las consecuencias de su traslado del RPM al RAIS.

Sobre este punto de la información recibida por el demandante por parte del demandado PORVENIR S.A., referente al traslado del RPM al RAIS, se aportó por el apelante, copia del documento titulado "solicitud de vinculación" No. 00522403 ante Porvenir S.A., de fecha 05 de mayo de 1995, visible a folio 96, documento el cual se encuentra poco legible y se aprecia un aparte de "voluntad de afiliación", sin que se visualice el contenido de este.

También aportó PORVENIR S.A., las documentales obrantes a folios 147, 148 y 149, consistentes en comunicados de prensa, sin que se pueda establecer la fecha de tales comunicados, ni que estos se hayan realizado al momento del traslado realizado por el demandante y también se anexó, copia de solicitud de afiliación por traslado de AFP No. 277897 ante Horizonte Pensiones y Cesantías de fecha 08 de octubre de 1996 legible a folios 97 y 130, los cuales son posteriores a la fecha en que el demandante se había trasladado del RPM al RAIS.

Así las cosas, la documental referida no da cuenta que la AFP Porvenir S.A., hubiese cumplido con su obligación de suministrar información necesaria y transparente al momento del traslado del actor de régimen pensional, es decir, cuando el afiliado se trasladó del RPM y pasó al RAIS, en la forma como la ha entendido y determinado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Tampoco del interrogatorio de parte del demandante se logra establecer que se haya cumplido la obligación de suministrar la información necesaria que le debía realizar la AFP al demandante, para el traslado de régimen.

En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia "*a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado*".

Sobre la transparencia en sentencia CSJ SL1452-2019 especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, "*los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. Según esta Sala, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro*".

En este asunto, la información de la documental a folio 96, únicamente se centra en la situación actual de Jorge Aníbal Ospina Arcila frente al traslado de régimen, sin referir o contrastar las ventajas y desventajas que ofrecía el régimen administrado por Porvenir S.A. (RAIS), frente al RPM, incluido el régimen de transición del que era beneficiario.

El formato o solicitud de vinculación del demandante ante PORVENIR S.A., antes reseñado, contiene en forma legible, unas preguntas de carácter personal, básicas e indispensables para la identificación del afiliado, tales como nombres, identificación, edad, fecha de nacimiento, empresa donde labora, cargo que ocupa, nombre de beneficiarios y espacio para estampar su firma en la casilla titulada "voluntad de afiliación". De este formulario, no es dable deducir que el demandante recibió información clara, precisa y oportuna respecto a su situación actual y futura comparada con la que tendría en el régimen de prima media con prestación definida, ni de las ventajas o desventajas del régimen de transición que lo cobijaba si decidía trasladarse de régimen pensional.

Sobre el deber de información y sobre las implicaciones de su omisión, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSL SL del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, la cual fue reiterada en sentencias CSJSL1688-2019 y SL934-2021, donde en esta última expresó:

"Y es que el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que se pudiese exigir a otro ente financiero, dada la doble calidad de las administradoras, de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, en tanto de su ejercicio dependen claros intereses sociales, como la protección a la vejez, la invalidez y de la muerte de suerte que su omisión implica la nulidad o por lo menos la ineficacia del acto jurídico de traslado".

Respecto del incumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, la Sala Laboral de la Corte en 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.

Como se puede advertir, el documento de afiliación no contiene datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente por parte de la APF Porvenir S.A. por cuanto no da a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones, situación que claramente produce un sesgo

en el demandante por ignorancia o desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias al trasladarse del régimen de pensiones público administrado por Colpensiones al RAIS, en particular, de las consecuencias directas futuras respecto del régimen de transición del cual era beneficiario, el cual perdería por aceptar el traslado.

En tal sentido, está visto que al momento del traslado del RPM al RAIS de Ospina Arcila, de las pruebas allegadas no puede verificarse que la AFP Porvenir le suministró información suficiente al afiliado previo a su traslado.

Ahora bien, aduce el recurrente que no se acreditó la mala fe de la entidad y que de decretarse la nulidad, dicho acto estaría prescrito a la luz del artículo 1750 del código civil, para lo cual la Sala aclara que para el evento que ocupa nuestra atención, la buena o mala fe de la AFP ninguna incidencia tiene respecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado del **RPM al RAIS**, por cuanto lo que interesa y se reprocha a las administradoras de pensiones es la transparencia en la información brindada al futuro afiliado para que, conociendo las ventajas y desventajas precisas de su caso particular, sea él el que decida su traslado, sin estar en presencia de engaños por omisión de información y porque de vieja data, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado de manera reiterada que dicha declaratoria no está sujeta a la prescripción, por ser una pretensión meramente declarativa, y que igual suerte corren los derechos que de ella derivan.

Al respecto, sobre la prescripción sobre este tipo de acciones la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL1421-2019, manifestó:

"Aunado a lo precedente, se desestimarán las excepciones formuladas por las entidades demandadas, incluyendo la de prescripción, aspecto frente al cual se argumentó por parte de la pasiva PORVENIR S.A., la naturaleza contractual que ostenta el cambio de régimen pensional de la demandante, y consecuencialmente la aplicación indistinta del término para establecer la viabilidad del fenómeno jurídico, esto es los 4 años contemplados por el artículo 1750 Código Civil o los 3 del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, preceptivas frente a las cuales en el caso en concreto, adujo el transcurso de una temporalidad mayor entre la calenda del traslado y la interposición de la demanda primigenia.

Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las

pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

Tal posición ha sido reiterada por la Corte en sentencias SL2648-2019, SL3465-2020, SL587-2021 y SL1522-2021 entre otras, razón por la cual esta Colegiatura desestima el reproche formulado por el recurrente, sin entrar en análisis de mayor profundización.

En este orden, atendiendo que los argumentos expuestos por el apelante, son infundados, en cuanto al deber de información que tenía la AFP Porvenir S.A. con Jorge Aníbal Ospina Arcila al momento de trasladarse al RAIS administrado por Porvenir S.A., y porque en este caso no opera la prescripción, ni la acreditación de la mala fe de la AFP, se confirmará la sentencia emitida por el Juzgado de primera instancia, siendo importante resaltar que, si bien es cierto, a folio 20 del expediente, aparece Resolución VPB4242 del 26 de enero de 2015, donde Colpensiones reconoció al demandante la calidad de pensionado y la orden de inclusión en la nómina de pensionados está condicionada hasta que se acredite el retiro definitivo del servicio oficial, es procedente declarar la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que, dicho reconocimiento se materializó en el Régimen de Prima Media con prestación definida, pues, ha señalado la Corte Suprema de Justicia que, siempre que la AFP del RAIS traslade o devuelva todos los recursos y aportes efectuados por el asegurado, la prestación pensional que le correspondería en el RPM no se vería desfinanciada, ni el retorno del afiliado conllevaría un déficit financiero para el sistema público de pensiones. Tal devolución de los recursos es plenamente posible en este caso en particular, como quiera que, al no haber adquirido una prestación económica en el RAIS, los valores a devolver se encuentran intactos no desgastados o deteriorados como ocurre en el evento analizado en la decisión CSJ

SL373-2021, en el que se señaló que, en el evento de tener el afiliado el estatus de pensionado en el RAIS y estar disfrutando de esa pensión, la declaratoria de ineficacia del traslado no genera efectos jurídicos por estar frente a una situación jurídica consolidada, que no es posible revertir.

En cuanto a las demás excepciones planteadas por COLPENSIONES, esto es, la de i) aplicación de las normas legales, ii) inexistencia de la obligación y iii) no hay lugar a cobro de intereses moratorios, teniendo en cuenta que, la sentencia está siendo revisada en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, ha de señalarse que, las mismas no prosperan, al concluirse la ineficacia de la vinculación del señor JORGE ANÍBAL OSPINA ARCILA, al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada ante el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por lo que, estuvieron bien denegadas.

De ahí que se hace necesario confirmar la sentencia de primera instancia, aclarando que se declara es la INEFICACIA del traslado realizado por el demandante del **RPM al RAIS**, tal como lo solicitó el demandante y fue expuesto por el juez de primera instancia en la parte considerativa de la sentencia, no obstante, en la resolutiva se ordenó fue la nulidad del traslado de régimen pensional del actor.

También se adicionará la sentencia apelada, ordenando al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR devolver a Colpensiones no solo el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, sino que además debe devolver PORVENIR S.A., los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En mérito de lo expuesto la Sala Civil-Familia-Laboral, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, en Sala Segunda de Decisión, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

IV. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia de fecha 27 de agosto de dos mil 2018, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia - Caquetá, por los motivos expuestos en esta providencia, aclarando que se DECLARA LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional y se ADICIONA el numeral primero de la sentencia apelada, en el sentido de ORDENAR al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES, no solo el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, sino devolver también los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías-PORVENIR S.A. las cuales deben ser liquidadas por el Juzgado de primera instancia. Por la magistrada sustanciadora, se fijarán las agencias en derecho en esta instancia.

TERCERO: La presente decisión se notificará por edicto.

CUARTO: Ejecutoriada la presente decisión por secretaría, DEVUÉLVANSE las diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. -

MARIA CLAUDIA ISAZA RIVERA
Magistrada

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO
Magistrada

GILBERTO GALVIS AVE
Magistrado

Nota: La presente sentencia se firma de forma electrónica en el aplicativo de la Rama Judicial, dentro del término contemplado en el inciso 3º del Artículo 10 del Acuerdo PCSJA17-10715.

Firmado Por:

Maria Claudia Isaza Rivera
Magistrada
Despacho 002 Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Diela Hortencia Luz Mari Ortega Castro
Magistrada
Sala 001 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Gilberto Galvis Ave
Magistrado
Despacho 003 Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

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

Código de verificación: **d49cefde225fb8b9b9801599a822c144808991f1d90f6fb915c70cb788f24ce**
Documento generado en 05/07/2023 05:39:58 PM

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