

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICADO: 18-001-31-05-001-2020-00268-01
DEMANDANTE: MARÍA ETERLVINA ROJAS CALDERÓN
DEMANDADO COLPENSIONES



Tribunal Superior del Distrito Judicial
Florencia – Caquetá

SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN

Magistrada Ponente:
MARIA CLAUDIA ISAZA RIVERA

Julio veintiuno (21) de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICADO: 18-001-31-05-001-2020-00268-01
DEMANDANTE: MARÍA ETELVINA ROJAS CALDERÓN
DEMANDADO COLPENSIONES y OTRO
TEMA: INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
PROYECTO DISCUSIDO Y APROBADO EN ACTA SCFL 059-2023

I.OBJETO DEL PROVEIDO

Resolver la consulta y el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia-Caquetá, el 12 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral iniciado por MARÍA ETELVINA ROJAS CALDERÓN, en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., previos los siguientes,

II.ANTECEDENTES

1. Supuestos Fácticos.

Los hechos en que se fundamenta la demanda se resumen así:

1.1. La demandante, señora MARÍA ETELVINA ROJAS CALDERÓN, nació el día 19 de julio de 1955.

1.2. Que laboró como inspectora de policía en el Municipio de Ubalá, Cundinamarca, por el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 1991 al 21 de enero de 1995, un total 203,14 semanas, sin que el empleador haya expedido el respectivo bono pensional.

1.3. Igualmente, laboró al servicio de la Rama Judicial, Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Cundinamarca, desde el 1º de marzo de 1995 hasta el año 2000, periodo que cotizó al régimen de prima media con prestación definida, desde el 1º de marzo de 1995 al 30 de mayo de la misma anualidad, para un total de **93 días**.

1.4. Según el extracto pensional expedido por PORVENIR S.A., de fecha 13 de julio de 2020, la actora ha cotizado al régimen de ahorro individual con solidaridad, un total de **1260 semanas** a corte de junio 30 de la misma anualidad, dado lo anterior, la señora MARÍA ETELVINA ROJAS CALDERÓN, cotizó en total al Régimen de Prima Media, más de 200 semanas.

1.5. Que la señora MARÍA ETELVINA ROJAS CALDERÓN, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, siendo efectiva su vinculación a la SOCIEDAD DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el **1º de julio de 1995**.

1.6. Que LA SOCIEDAD DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a la que se vinculó la demandante, no dio la información necesaria, completa y transparente sobre las consecuencias del traslado del RPMPD al RAIS, sobre los efectos reales de la decisión de trasladarse al fondo privado, así como tampoco las consecuencias del traslado al RAIS, monto del capital mínimo para pensionarse, modalidades, etc., y solo se le informó, sobre las ventajas de trasladarse, como por ejemplo, poder pensionarse en cualquier tiempo y que la mesada pensional sería superior en contraposición al Régimen de Prima Media, sin embargo, no se le aclaró el monto del capital que debía acumular para acceder a una pensión mínima y/o superior a la mínima, omitiendo información necesaria para entender las características y riesgos de dicha vinculación, con conocimiento de haber cotizado al régimen de prima media con prestación definida hasta esa última vinculación, más de 200 semanas.

2.Pretensiones.

Que, se declare ineficaz el traslado efectuado por la señora MARÍA ETELVINA ROJAS CALDERÓN a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por no haber sido informada de manera suficiente y completa sobre las ventajas y desventajas de dicho traslado y que, se ordene el traslado de los aportes, junto con los rendimientos financieros y el bono pensional si a ello hubiere lugar, sin la posibilidad de descontar gastos de administración, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, así como que, se condene a los demandados a pagar las costas y agencias en derecho del presente proceso y demás declaraciones y condenas a que haya lugar de manera Extra Petita y Ultra Petita.

3. Contestación de los demandados

3.1. COLPENSIONES

El demandado COLPENSIONES contestó la demanda el 16 de octubre de 2020, manifestando que que eran ciertos los hechos 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 10 y 11, no constarle el hecho 3, 9 y 12 y que los números 13 y 14 no se trataban de hechos sino de apreciaciones de la demandante y, frente a las pretensiones, indicó que se oponía, pues los actos administrativos surtidos con ocasión del traslado se encontraban en firme y nunca fueron debatidos en instancias administrativa o judicial, en lo que tiene que ver con su validez, que la accionante ha sido conocedora de su estado de afiliación y que, las consecuencias de ello debían ser asumidas por esta, sin que se vieran perjudicados los intereses de COLPENSIONES.

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) extra y ultra petita.*

3.2. PORVENIR S.A.

El Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR contestó la demanda¹, aceptando como cierta tan solo la pretensión No. 1 y, manifestó su oposición frente a las restantes; de los hechos indicó que, aceptaba el enumerado como 1, que el 2, 3, 4, 7 y 11 no le constaban, que los hechos 5, 6, 8, 10, 13, 14 eran ciertos y que, no lo eran el 9 y 12.

Presentó como 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) prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad o ineficacia de la afiliación; vii) validez de la vinculación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por porvenir; viii) indebida solicitud de devolución de gastos de administración y no indicación de deducción del seguro previsional; ix) mala fe de la demandante pretendiendo obtener un provecho indebido.*

4.Trámite procesal relevante

4.1. La demanda fue repartida al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia – Caquetá y, admitida el día 15 de septiembre de 2020.

4.2. Mediante auto del 3 de febrero 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 artículo 77 del Código Procesal Laboral, modificado por el artículo 39 de la Ley 1149 de 2007.

¹ Documento No. 18 Expediente Digital

4.3. El 21 de junio 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 en la contestación de la demanda, y se ordenó la práctica del interrogatorio a la actora.

4.4. El 14 de octubre 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 fijó fecha para dictar el fallo correspondiente.

4.5. Mediante auto del 3 de febrero 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 artículo 77 del Código Procesal Laboral, modificado por el artículo 39 de la Ley 1149 de 2007.

4.6. El 21 de junio 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 en la contestación de la demanda, y se ordenó la práctica del interrogatorio a la actora.

4.7. El 14 de octubre 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 fijó fecha para dictar el fallo correspondiente.

5.Sentencia de primera instancia

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia declaró la ineficacia de la afiliación de la señora MARÍA ETELVINA ROJAS CALDERÓN, a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS, PORVENIR y, ordenó la devolución o traslado de los aportes o cotizaciones efectuados, con sus rendimientos y los gastos de administración que se hubieren causado, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-; Declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por las partes y, condenó en costas a las demandadas .

El a-quo, consideró que del material probatorio y de los hechos reseñados se advertía que la señora MARÍA ETELVINA ROJAS CALDERÓN, no recibió la información clara, precisa y suficiente, que le permitiera determinar si era conveniente o no, hacer el cuestionado traslado a la administradora de pensiones PORVENIR, tal como se advertía en la demanda, sin que el fondo de pensiones, hubiera acreditado lo contrario.

En relación a las excepciones de mérito propuestas por el Fondo de Pensiones y Cesantías, adujo que no tenían sustento legal ya que, el asunto jurídico del caso, en esencia, era la falta de información sobre el tema pensional suministrada por parte de los funcionarios, lo que

dejaba entrever el propósito dañino para el usuario y no, el cumplimiento de requisitos legales; Con relación a la prescripción de la acción, afirmó que tampoco tenía aplicación, ya que el derecho reclamado tiene una absoluta relación con la pensión de jubilación de la demandante.

6. El recurso de apelación

6.1 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, incumplió con el deber de información y que, la decisión del juez de instancia, tuvo como soporte jurídico, decisiones posteriores al año de vinculación de la afiliada a PORVENIR; Que, por el contrario, la entidad cumplió a cabalidad con las obligaciones en materia de información, establecidos en la normatividad vigente para la época de traslado de la demandante, siendo que al momento de efectuarse el traslado no se exigía al fondo de pensiones ofrecer información en los términos reclamados 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 las demás normas legales y reglamentarias.

Señala el censor que, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, no obliga a los fondos de pensiones a entregar ninguna clase de información en materia de afiliación al trabajador, quien de manera libre y voluntaria escoge la administradora de su preferencia y, por su parte, 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 demandaba y, preciso que, esa obligación solo fue prevista a partir del Decreto 2241 de 2010, su Decreto reglamentario 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, pero no, en la que regía para la época en la que se realizó el traslado de la demandante.

Refiere que, con la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, se reafirmaba 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 surgió con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, así como el deber de las administradoras de poner a disposición del afiliado herramientas financieras que le permitieran verificar las consecuencias de su traslado; que de igual forma, solo hasta la expedición de la Circular 016 de 2016, de la Superintendencia Financiera, surgió la obligación de guardar soporte físico que diera cuenta de la doble asesoría, por lo que, para la fecha

del traslado -de la señora MARÍA ETELVINA- se podía entregar información verbal a las personas interesadas en realizar un traslado, lo que no era indicativo de que no fuera veraz, completa y oportuna.

Aseguró que, se había demostrado que a la demandante no se le presionó, ni se le engañó para obtener su afiliación, si no que, por el contrario, se trató de una decisión libre y voluntaria y que dicha situación no solo se encontraba acreditada con la firma del formulario, sino que ha ratificado su voluntad de permanecer en el RAIS al haber estado por más de 17 años en la Administradora de Pensiones.

Indicó también que, al momento del traslado de fondo de pensiones, no era obligación de la administradora PORVENIR sugerir al demandante qué régimen le convenía más, pues esa exigencia, surgió tan solo con la Ley 1328 del año 2009 y del Decreto 2241 de 2010 y, también porque, así se realizara un estudio de la historia laboral, no era posible determinar qué régimen era más conveniente, pues la pensión depende de un hecho incierto y futuro, por lo que era el afiliado, conforme a sus expectativas futuras, quien debía asumir los riesgos de uno u otro régimen, sin que le correspondiera a los jueces, declarar la ineficacia de un traslado, teniendo como soporte un error en la expresión del consentimiento por la falta de información, pues no se podía hablar de ello, ante la falta de diligencia del trabajador, de indagar respecto de las condiciones que le ofrecía el régimen de ahorro individual lo que se traducía en un error atribuible a quien lo alegaba.

Finalmente, solicitó de forma subsidiaria, que en caso de que se confirmara la decisión apelada, no se ordenara 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 vulnerarían derechos y garantías constitucionales debidamente protegidas; y, que se eximiera de la condena en costas.

6.2. Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES:

La apoderada judicial de COLPENSIONES manifestó su desacuerdo con la sentencia de primera instancia, expresando que de acuerdo al material probatorio obrante en el expediente, dicho traslado se efectuó hace más de 10 años, lo que significaba que a la fecha, gozaba de plena validez; Que para COLPENSIONES, la permanencia de la actora en el régimen acusado, convalidaba su conocimiento sobre las consecuencias del traslado de régimen y, pese a ello, permaneció en él. Aduce que, no se tuvo en cuenta lo preceptuado por el artículo 2 de

la Ley 797 de 2003 modificado por el litera E) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Cuestionó también la condena en costas.

7. Alegatos en segunda instancia

En acatamiento de los establecido en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos, término dentro del cual, las partes hicieron uso de dicha prerrogativa, así:

7.1. Demandante

La apoderada judicial de la parte demandante, señaló que, no existe prueba alguna en el expediente, que demuestre que, se le haya brindado una veraz, oportuna y suficiente información acerca de la pérdida de algunos beneficios de los que gozaba y que al trasladarse de régimen llevaban la aceptación de una desventaja para el trascendente derecho pensional, desventajas que de haberse dado a conocer al momento de la afiliación, de seguro, tal como quedó consignado, no se habría afiliado al RAIS, además respecto a la excepción de prescripción, solicita sea desestimada, toda vez que, el traslado de régimen está íntimamente ligado con el derecho a la pensión, el cual, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política, es imprescriptible.

7.2. COLPENSIONES

Por su parte, el apoderado judicial de Colpensiones, indicó que, no es posible declarar la nulidad del traslado de régimen, pues del material probatorio allegado en la demanda, se evidencia que la señora MARÍA ETELVINA ROJAS CALDERÓN, se encuentra a menos de diez años para adquirir el derecho pensional toda vez que nació 19 de julio de 1955, y adicional a ello, no cuenta con 15 años de servicio o su equivalente en semanas a la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1º de abril de 1994, por no ser beneficiaria del régimen de transición, razón por la cual no existen razones de hecho y de derecho que permitan acceder a las pretensiones de la demandante.

Señaló que, una vez verificado en el SIAFP, obrante en el expediente, se evidencia que la demandante presenta un traslado al Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR S.A desde el año 1995, efectivo a partir de 1996, lo que significa que, a la fecha, el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual tiene plena validez, máxime cuando ha permanecido afiliada desde hace más de 10 años, sin que hubiera ejercido dentro del término legal, el traslado de régimen, por lo que, dicho silencio lleva a manifestar que, la demandante conocía las consecuencias generadas con el traslado de régimen y aun así permaneció en él, motivo por el cual, la permanencia, es una señal

de aceptación que impide alegar que se encuentra viciado de nulidad por falta de información veraz, real y completa.

III.CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La competencia de esta Corporación está dada por el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo establece el artículo 69 del CPTSS, al ser adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación. Así mismo, se resolverá el recurso de apelación formulado por AFP -PORVENIR- S. A. y Colpensiones.

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.

En ese sentido, corresponde a este órgano de decisión dilucidar si la actuación del Juzgador de Primera Instancia, se encuentra en apego a la Ley y al desarrollo que al tema le ha dado la Jurisprudencia Nacional.

3. Problema Jurídico.

Los problemas jurídicos a resolver de conformidad con el recurso interpuesto y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será **i)** determinar si el acto jurídico de afiliación de la señora MARÍA ETELVINA ROJAS CALDERÓN a PORVENIR S.A., fue válido, o si por el contrario es ineficaz; **ii)** consecuentemente si procede la declaratoria de la ineficacia, se deberá analizar los conceptos a devolver por el fondo privado; **iii)** y, la excepción de prescripción de la acción.

Con el propósito de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, la Sala considera necesario precisar, los siguientes aspectos:

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.*²

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 inefficacia y no de la nulidad, tal 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.

En términos generales, se ha determinado sobre el tema de inefficacia 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 inefficacia del traslado, iii) la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

4.2. 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

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

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, puntualizó 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).

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

Respecto de la carga de la prueba en los procesos de ineffectuación 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 ineffectuación de la afiliación (CSJ SL4630-2019).

Así las cosas, lo dicho anteriormente constituye sustento que permite

deducirlas siguientes reglas:

- (i) Las administradoras de pensiones tienen a su cargo la obligación de información de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.
- (ii) La información del traslado de régimen debe ser de transparencia máxima, detallada y documentada acerca de la incidencia que pueda tener frente a sus derechos prestacionales, de modo que no basta con explicar solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos proyecte la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Y,
- (iii) La carga de la prueba de demostrar que se informó de forma detallada, clara y documentada recae en la administradora de fondos de pensiones.

4.4. Caso en concreto.

En el caso objeto de estudio, de las pruebas obrantes en el expediente se desprende que, la afiliación en pensiones de la señora MARÍA ETELVINA ROJAS CALDERÓN a PORVENIR S.A., fue en el año 1995 y que, dicha vinculación se realizó sin darle la ilustración suficiente, clara y transparente, respecto de las desventajas que implicaban el traslado de fondo pensional, exponiendo la demandante que, no se le aclaró -por ejemplo- el monto del capital que debía acumular para acceder a una pensión mínima o superior a esta, omitiendo, además, información necesaria que le permitiera entender las características y riesgos de dicha vinculación.

Ahora, sobre la carga de la prueba es importante hacer la remisión a la sentencia SL4426-2019, donde la Corte Suprema de Justicia, expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada -*la de que no recibió información*- y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que por demás está en una mejor posición

de ilustrar por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado. Asimismo, contrastando toda la jurisprudencia citada, debe decirse que la carga de la prueba recae en la administradora, puesto que, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que a través de sus asesores hagan conocer a los afiliados que pretende captar los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el Régimen al que le proponen afiliarse.

Se tiene que las afirmaciones realizadas por la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PORVENIR S.A, toda vez que, pese a que ella misma expresó que firmó el formulario de afiliación, lo cierto es que dicho documento no fue aportado dentro del proceso y no se aportó ninguna otra prueba, para determinar que efectivamente a la accionante se le haya brindado una completa y clara asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe repetirse que la labor de los asesores de los fondos privados, en la etapa pre-negocial, anterior a la materialización del consentimiento, consiste en brindar una información transparente, completa, detallada y comprensible, puesto que, lo que se revisa es si la administradora de fondos de pensiones que pretendía captar a la demandante como su afiliada, cumplió con los imperativos profesionales de información.

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que la demandante firmara el formulario de vinculación, donde se hace constar que la escogencia del régimen de ahorro individual se efectúa de forma "libre, espontánea y sin presiones", no implica que conociera las consecuencias que conlleva el cambio de régimen pensional.

También es importante -como se advirtió en precedencia-, que, si bien la mayoría de los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineffectividad del traslado no tienen en cuenta esta circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

No puede pasar por alto esta Sala, que la ineffectiva es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineffectivo carezca de vida jurídica, y, por tanto, no produzca ningún efecto, por tal razón no es procedente analizar el caso de autos bajo lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en lo que respecta con el traslado de régimen cuando a un afiliado le

faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

En el caso sometido a estudio, el traslado al RAIS de la actora fue el 1º de junio de 1995, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019, la obligación de la administradora privada demandada era la de brindar una información necesaria y transparente.

Sobre dichas obligaciones de las administradoras de pensiones, es categórica la sentencia SL-782 de 2021, en donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que: "...i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional."

Se tiene entonces que el demandado, PORVENIR S.A., no cumplió con la carga de probabilidad haber realizado en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, una asesoría lo suficientemente clara, detallada y concreta en relación con su situación particular, por tanto, debe concluirse que el traslado resulta ineficaz, generando como consecuencia que la afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, debiéndose en consecuencia **CONFIRMAR** la providencia de primera instancia, en tal sentido.

Con relación a los **VALORES A DEVOLVER POR EL FONDO PRIVADO**, la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que la AFP que dio lugar a ello, siempre y cuando se hayan generado las debidas cotizaciones, traslade a COLPENSIONES: (i) la totalidad del capital ahorrado, (ii) los rendimientos financieros obtenidos y (iii) los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el

nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

De igual forma, también debe sumarse que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, pues debe garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante no se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputaron a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que la demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Pues bien, conforme a la apelación y alegatos interpuestos, hay que anotar que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto no produzca ningún efecto, lo cual fue precisado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-4360 de 2019, en la que indicó que "*la sanción impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado.*"

Además, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3464 de 2019, señaló que "*La Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones*".

En el sub-lite, es necesario dejar claro en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineficacia y en ese sentido el precedente jurisprudencial ha identificado los siguientes conceptos:

- 1. Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS

al RPM³.

2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador⁴.
3. Los **gastos de administración**, concepto consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión⁵.

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a Colpensiones, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios⁶, (ii) la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones⁷.

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados⁸.

4. **Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el pago de estos aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, motivo por el cual se ha considerado que, al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajos

³ Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019.

⁴ Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019

⁵ Se debe realizar la devolución de estos conceptos indexados conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL-3871-2021, CSJ SL-4062-2021 y CSJ 4063-2021.

⁶ Sentencia SL-4360-2019.

⁷ Sentencia SL-2877-2020.

⁸ En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021 y CSJ SL 1197-2021.

lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el Decreto 1833 de 2016⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, y toda vez que la sentencia está siendo revisada, además en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, además de lo ordenado por el juez, conforme al principio de sostenibilidad financiera del sistema, deberá devolver la AFP, no solo los aportes o cotizaciones efectuadas en la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, sino que además debe devolver los bonos pensionales a que haya lugar, 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, por lo que se adicionará la sentencia en tal sentido.

No sobra advertir, que no se está violentando la sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que el efecto de la declaración de la ineeficacia del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban, lo cual compone la devolución en forma plena y retroactiva de todos los conceptos, que sin lugara duda protege la sostenibilidad de régimen de prima media.

Al respecto, ha tenido oportunidad de pronunciarse la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2877 de 2020, donde señaló:

"... la decisión que se controvierte en casación tampoco lesionó el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas."

-EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.

En lo que tiene que ver con la excepción de **PREScripción** planteada por el demandado PORVENIR S.A., la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL-1688 de 2019, SL-373 de 2021 y SL- 4062 de 2021, ha señalado que la prosperidad de la ineeficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala, por lo que tal excepción no está llamada a prosperar, tal como lo consideró el Juez de primera

⁹ Sentencia SL 2877-2020

instancia, debiéndose dejar claro, en cuanto a los conceptos a devolver por el fondo privado, por tratarse de sumas que están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, en consecuencia, ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sujetos a prescripción, tal y como lo señala la sentencia SL-1473 de 2021 de la Alta Corte.

En cuanto a las demás excepciones planteadas por COLPENSIONES, esto es, la de *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) extra y ultra petita*, 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 HORACIO QUINTERO CASTAÑO, al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada ante el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por lo que, estuvieron bien denegadas.

Con los argumentos anteriores y atendiendo al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala hizo un pronunciamiento implícito de las alegaciones presentadas.

Por lo tanto, se confirmará la sentencia consultada y apelada, condenando en costas a los demandados en segunda instancia, al no prosperar el recurso de apelación presentado, tal y como lo establece el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso.

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 emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia-Caquetá, el 12 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral iniciado por MARÍA ETELVINA ROJAS CALDERÓN, en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICADO: 18-001-31-05-001-2020-00268-01
DEMANDANTE: MARÍA ETERLVINA ROJAS CALDERÓN
DEMANDADO COLPENSIONES

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada, en cuanto a los valores a devolver a COLPENSIONES, por parte de PORVENIR S.A. ordenando a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, además del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, 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.

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

CUARTO: Se notificará lo resuelto por **EDICTO**.

QUINTO. - Ejecutoriada la providencia, se ordena devolver el expediente digitalizado al juzgado de origen.

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

Dielia 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: **fd5c6c9fd497acb06006f386dc6dc4ac6ca998a53272e874430fb5368370f845**
Documento generado en 21/07/2023 06:21:21 PM

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