



Tribunal Superior del Distrito Judicial

Florencia - Caquetá

SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL
Sala Segunda de Decisión

Magistrada Ponente
MARIA CLAUDIA ISAZA RIVERA

Julio treinta y uno (31) de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO:	18-001-31-05-002-2019-00021-01
DEMANDANTE:	MARIA YENY FAJARDO
DEMANDADO:	AFP PORVENIR S.A. y OTROS
TEMA:	INEFICACIA TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
PROYECTO DISCUTIDO Y APROBADO EN ACTA SCFL 064-2023	

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 diez (10) de diciembre de 2019, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora MARIA YENY FAJARDO, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES y los Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y COLFONDOS, así como el grado jurisdiccional de consulta de la misma sentencia, previos los siguientes,

II. ANTECEDENTES

1.- Pretensiones

La señora MARIA YENY FAJARDO interpuso demanda ordinaria laboral, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”, el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR y el Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS, para que se declare:

1.1. Que la actora estuvo afiliada al Fondo Privado COLFONDOS, S.A., Pensiones y Cesantías, con efectos **a partir del 1º de febrero del año 2000** y posteriormente para el 1º de diciembre del año 2002 se trasladó al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, **en el cual se encuentra activa actualmente.**

1.2. Que se declare **Ineficaz el traslado** efectuado por la señora MARIA YENY FAJARDO, a COLFONDOS S.A., Pensiones y Cesantías por no haber sido informada de manera suficiente, clara y completa sobre las ventajas y desventajas de dicho traslado, y por ende se declare además la **ineficacia del traslado** a la administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., actual administradora de pensiones de la accionante.

1.3. Se ORDENE a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el traslado de los aportes de la señora MARIA YENY FAJARDO, 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.

1.4. Que se CONDENE a la parte demandada a pagar las costas y agencias en derecho del presente proceso.

2.-Fundamentos Fácticos

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

2.1. Que la señora MARIA YENY FAJARDO, nació el día 05 de abril de 1968.

2.2. Que la accionante inició a laborar en la Universidad de la Amazonia como secretaria, desde el día 04 de julio de 1986, realizando aportes pensionales a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL, hasta el día 30 de enero del año 2000, cotizando al Régimen de Prima Media con Prestación definida – en adelante RPMPD-, un total de 708,28 semanas.

2.3. Que, la demandante se trasladó del RPMPD administrado por CAJANAL, al régimen de ahorro individual con solidaridad – en adelante RAIS- administrado por COLFONDOS S.A., pensiones y cesantías, con efectos a partir del 01 de febrero del año 2000, vinculándose posteriormente a la Administradora de Pensiones PORVENIR S.A., a partir del 1º de diciembre de 2002, entidad en la cual se encontraba activa a la fecha de presentación de la demanda.

2.4. Que la Administradora COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, no le informó a la señora MARIA YENY FAJARDO, sobre las consecuencias del traslado del RPMPD al RAIS, incumpliendo con su deber de información adecuada, suficiente y veraz, al momento del traslado, motivo por el cual, no existe prueba alguna que acredite el cumplimiento del deber de información a la señora FAJARDO sobre los efectos reales de la decisión de trasladarse al fondo privado luego de haber cotizado por más de 13 años al RPMPD.

2.5. Que la accionante se vinculó con la Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., el 1º de diciembre del año 2002, entidad que no le brindó las asesorías necesarias a la actora sobre el tema pensional.

2.6. Que mediante petición del 15 de agosto de 2018, la demandante solicitó a COLPENSIONES, se gestionara el traslado del RAIS al RPMPD, solicitud que fue negada, aduciendo que no contaba con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia al sistema de seguridad social en pensiones para efectuar el traslado por sentencia unificada 062 de 2010.

2.7. Señala la demandante que, a través del Decreto 2196 de 2009, se ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social, CAJANAL EICE, ordenándose en el artículo 4º, que todos los afiliados fueran trasladados a la Administradora de Pensiones del ISS.

2.8. El Instituto de Seguros Sociales asumió el reconocimiento de las pensiones causadas por servidores públicos que estuvieron vinculados a CAJANAL EICE y que, habiendo sido trasladados a esa administradora el 01 julio de 2009, cumplieron los requisitos para obtener la pensión de jubilación o de vejez con posterioridad a la citada fecha.

2.9. Que, a partir de la supresión y liquidación del ISS, ordenada por el Decreto 2013 de 2012, esa entidad fue relevada por la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, creada por la Ley 1151 de 2007, para el pago de las pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida reconocidas por el ISS y CAPRECOM, pero fue a partir del 28 de septiembre de 2012, que COLPENSIONES asumió el reconocimiento de las pensiones del RPMPD.

2.10. Que en razón a que la entidad administradora del RPM a la que se encontraba afiliada la señora MARIA YENY FAJARDO, antes del traslado al RAIS, ya no existe y los afiliados a CAJANAL EICE fueron trasladados a la Administradora de Pensiones ISS, la cual asumió el reconocimiento y pago de las pensiones hasta la entrada en vigencia del Decreto 2012 de 2012, que suprimió el Instituto de Seguros Sociales, siendo subrogado para tal efecto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2011 de 2012.

3.-Contestación de la parte demandada

3.1. Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS

Colfondos al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la demandante, manifestando es una empresa seria, que no emplea maniobras engañosas para captar clientes, y que su personal se encuentra capacitado para brindar a sus usuarios la información necesaria para tomar su decisión.

Que la afiliación de la demandante se hizo en debida forma y en ella se extracta la manifestación libre de voluntad, y que bajo dicho entendido carece integralmente de causa, pues no puede valerse de su propia culpa ni puede predicar un vicio del consentimiento.

Presentó las excepciones de fondo de: i) Indebida legitimación en la causa por pasiva., ii) Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegans , iii) Doctrina de los actos propios, iv) Autonomía de la voluntad, v) Desconocimiento de la ley, vi) Estabilidad del sistema, vii) Buena fe del demandado viii) Actori incumbit Probatio, ix) Eficacia del negocio jurídico, y x) Falta de controversia. Y presentó la excepción previa de prescripción.

3.2. COLPENSIONES

Colpensiones al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la actora, 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, y iii) la declaratoria de otras excepciones.

4.-Actuaciones procesales relevantes

4.1. En auto del 12 de febrero de 2019, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta Ciudad, admitió la demanda y ordenó su notificación a los demandados.

4.2. El 03 de septiembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, saneamiento del proceso, fijación del litigio y el decreto de pruebas.

4.3. El día 10 de diciembre de 2019, 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 de la señora MARIA YENY FAJARDO al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada ante la ADMINISTRADORA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, entre el 1 de febrero de 2000, e igualmente, declaró la nulidad de la vinculación efectuada ante la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 1 de diciembre de 2002, 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 propuestas 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 de la afiliada al momento de su traslado de régimen y más bien lo que existe es una expresión genérica de que se efectuaba de manera libre, espontánea y sin presiones tal y como consta en las solicitud de vinculación sin que esto sea suficiente para que se tome como real el consentimiento para adoptarla, tal y como lo indicó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y en este caso le correspondía a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., demostrar con suficiencia que había brindado 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 eran dichas entidades quienes tenían la posibilidad de allegar estas probanzas.

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; por lo que no pueden salir adelante las excepciones propuestas por los demandados.

6.- Recurso de Apelación

El apoderado del demandado, Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. apeló la sentencia de primera instancia, ratificándose en sus alegaciones y señalando que la labor de su representada es una actividad lícita de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993; así mismo, que su actuación no ha sido caprichosa, ni desleal, y que el ejerció por parte de los dependientes de PORVENIR S.A. las manifestaciones propias de cualquier asesoramiento para quien se quiera trasladar su situación pensional a una AFP.

Manifestó que la señora MARIA YENY FAJARDO mostró durante 15 años total pasividad frente a su vinculación al RAIS, y que a pesar de que la ley le permitió volver al RPMD, no lo hizo, lo cual permite inferir que la accionante estaba conforme en el RAIS y que éste le ofrecía las garantías que consideraba apropiadas para su sistema pensional.

Aduce que no es cierto que el dependiente de PORVENIR S.A. no hubiere brindado información adecuada, oportuna y veraz, y que no hubo de su parte fuerza ni presión para que se vinculara; así mismo solicita se de prosperidad a las excepciones formuladas por los demandados.

7.- Alegatos en segunda instancia

En acatamiento de lo 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. FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

La apoderada judicial de Porvenir, indicó que, la demandante al suscribir de forma libre, espontánea y sin presiones de ninguna naturaleza, el formulario de afiliación, ratificó su traslado de régimen, evidenciándose que, nunca presentó reclamación alguna conforme a lo reglado 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. Que, asimismo, la demandante está sujeta a la prohibición señalada en el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, en el cual se prohíbe el traslado de régimen pensional de personas a las que le faltasen 10 años o menos para llegar a la edad pensional, como es el caso de la demandante, quien a la fecha de la presentación de la demanda, se encontraba dentro de dicho rango de edad. En vista de lo anterior, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

7.2. 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 conllevaban 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.

7.3. COLFONDOS

Manifestó la apoderada judicial de la AFP, que, no esta conforme con la decisión emitida en sede de primera instancia, toda vez que, quedó demostrado que COLFONDOS no emplea maniobras engañosas para captar afiliados y que su personal de afiliaciones está capacitado para brindar al usuario la información que requiere para tomar su decisión.

Aduce que, el demandante 25 años después pretende valerse de una supuesta ineficacia de su afiliación a COLFONDOS y aspira a retornar a su régimen pensional inicial, cuando motu proprio mutó al de ahorro individual y en ejercicio de la autonomía de la voluntad, celebró un

negocio jurídico con esa entidad, que está revestido de todas las formalidades que la ley establece para que se mantenga su incolumidad. En consecuencia de lo anterior, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda.

7.4. 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 MARIA YENY FAJARDO, se afilió a COLFONDOS, desde el 01 de febrero del 2000, y posteriormente, desde el 01 de diciembre del 2000, se trasladó A Porvenir, razón por la cual, a la fecha, el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez y la afirmación de vicio del consentimiento en el contrato suscrito con la AFP del RAIS alegado por la interesada, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial.

Señaló que, la demandante presenta una vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo que significa que, a la fecha, la afiliación efectuada tiene plena validez, máxime cuando ha permanecido afiliada desde hace más de 20 años, sin que hubiera ejercido dentro del término legal, el traslado de régimen, silencio que conlleva a manifestar que la demandante conocía la consecuencia generada con el traslado de régimen y aun así, permaneció en él, y dicha permanencia es una señal de aceptación que impide alegar que se encuentra viciado de nulidad por falta de información veraz, real y completa. En vista de lo anterior, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

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 10 de diciembre de 2019, 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 del despacho que emitió la sentencia, 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:

Si resulta procedente declarar ineficaz la afiliación de la señora MARIA YENY FAJARDO, a la Sociedad Administradora COLFONDOS S.A Pensiones y Cesantías y al Fondo 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.

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 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

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

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.

4.2. 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 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 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 la actora, 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.

Aduce el demandado PORVENIR S.A., que dentro del expediente no se acreditó la mala fe de su parte y 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 la demandante 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 la demandante por parte del demandado PORVENIR S.A., referente al traslado del RPM al RAIS, se aportó copia del documento formato de afiliación No. 5991090 ante BBVA Horizontes Pensiones y Cesantías, con fecha de suscripción del 11 de septiembre de 2002, visible a folio 95, firmado por la actora en la casilla de “pensiones obligatorias”, en el que, únicamente consta una nota que señala “hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones”.

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 de la actora de

régimen pensional, es decir, cuando la afiliada 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.

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 referida, únicamente se centra en la situación actual de la señora María Yeny Fajardo 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.

El formato o solicitud de vinculación de la demandante ante PORVENIR S.A., antes reseñado, contiene en forma legible, unas preguntas de carácter personal, básicas e indispensables para la identificación de la afiliada, 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 la 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.

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 la demandante por ignorancia o desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias al trasladarse del régimen de pensiones público administrado por Colpensiones al RAIS.

En tal sentido, está visto que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la señora Fajardo, de las pruebas allegadas no puede verificarse que las AFP Porvenir S.A. y COLFONDOS le suministraron información suficiente a la afiliada previo a su traslado, haciéndose necesario confirmar la sentencia de primera instancia, aclarando que se declarará es la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante.

Ahora bien, aduce el recurrente que no se acreditó la mala fe de la entidad PORVENIR S.A. 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 consecuentemente 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 termino 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 transcurso 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. y COLFONDOS con Luz Elena López Giraldo, 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.

En cuanto a las excepciones planteadas por COLPENSIONES, esto es, la i) aplicación de las normas legales, ii) Inexistencia de la obligación, y iii) la declaratoria de otras excepciones, teniendo en cuenta que, la sentencia está siendo revisada en grado jurisdiccional de consulta en

favor de dicha entidad, ha de señalarse que, las mismas no prosperan, al concluirse la ineficacia de la vinculación de la señora MARÍA YENNY FAJARDO, al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada ante los Fondos de Pensiones PORVENIR S.A. y COLFONDOS, por lo que, estuvieron bien denegadas.

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.

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 adocinado 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 algunos aspectos claros en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineficacia y en ese sentido a partir del precedente jurisprudencial se 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 RPM².
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 comprador³.
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 gestión⁴.

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 beneficios ⁵, (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 pensiones⁶.

² 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.

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

⁵ Sentencia SL-4360-2019.

⁶ Sentencia SL-2877-2020.

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados⁷.

- 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 considera esta Sala que, al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el Decreto 1833 de 2016⁸.

Teniendo en cuenta lo anterior y toda vez que la sentencia está siendo revisada además, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, adicional a 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 reiterar, que no se está violentando la sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que el efecto de la declaración de la ineficacia 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 lugar a duda protege la sostenibilidad de régimen de prima media. Y conforme a esto 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 lesiona 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."

⁷ 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.

⁸ Sentencia SL 2877-2020

Por lo anterior se aclarará la sentencia apelada, en el sentido que se ordena es la INEFICIA DEL TRASLADO de régimen pensional y se adiciona la misma, ordenando al Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS Y 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 que además deben devolver 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 10 de diciembre de 2019, 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 además ORDENAR al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A. y al FONDO DE PENSIONES 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 apelante, 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: 55e778dc3d772b8b39187738ddc514e37d5244196ff211baef0caa531e1fedb5

Documento generado en 01/08/2023 03:22:02 PM

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