

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICADO: 18-001-31-05-002-2020-00433-01
DEMANDANTE: LUZ DALILA TRIVIÑO FIERRO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR



Tribunal Superior del Distrito Judicial

Florencia - Caquetá

SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL SALA SEGUNDA DE DECISIÓN

**Magistrada Ponente:
MARIA CLAUDIA ISAZA RIVERA**

Noviembre veinticuatro (24) de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO:	18-001-31-05-002-2020-00433-00
DEMANDANTE:	LUZ DALILA TRIVIÑO FIERRO
DEMANDADO	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
TEMA:	INEFICACIA TRASLADO REGIMEN PENSIONAL
PROYECTO DISCUSIDO Y APROBADO EN SESION VIRTUAL ACTA No.111-2023	

I. OBJETO DEL PROVEIDO

Resolver la consulta y el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia-Caquetá, el 7 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral iniciado por LUZ DALILA TRIVIÑO FIERRO, 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:

La demandante, señora **LUZ DALILA TRIVIÑO FIERRO**, nació el día 10 de marzo de 1965 y cotizó a pensiones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD-, un total de 302 semanas, hasta el mes de enero de 1997 y durante su vida laboral ha cotizado a pensiones un total de 1336 semanas.

Expone la actora que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, en el mes de febrero de 1997, al recibir visita de

promotores pertenecientes la Fondo de Pensiones Horizontes -hoy Porvenir-, sin embargo, a la misma no se le asesoró respecto a las desventajas que conllevaban dicha afiliación.

Que solicitó el traslado del RAIS, recibiendo respuesta de COLPENSIONES, a través de oficio fechado al 5 de marzo de 2020, en el que se le indicó que no era procedente dar trámite a la solicitud, teniendo en cuenta que se encontraba a diez años o menos del requisito del tiempo para pensionarse.

2. Pretensiones.

Solicita la demandante, que se declare ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por no haber sido advertida de las consecuencias que derivaba el cambio de régimen y que, consecuentemente, se ordene la devolución de los aportes junto con los rendimientos y sin derecho al cobro de la comisión legal, a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, se condene en costas y agencias en derecho y se falle ultra y extra petita.

3. Contestación de los demandados

3.1. COLPENSIONES

El demandado COLPENSIONES contestó¹ la demanda el 4 de mayo de 2021, manifestando que se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones de la actora y como las actuaciones se realizaron fue por PORVENIR, es quien deberá asumir la merma del capital destinado a la financiación de la prestación, en caso de que se acceda a las pretensiones de la demandante.

Propuso como excepciones de fondo: *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)* las genéricas y *vii)* extra y ultra petita.

3.2. PORVENIR S.A.

El Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. contestó la demanda² el 7 de mayo de 2021, oponiéndose a las pretensiones de la demanda y presentando como excepciones de mérito las que denominó: *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 del traslado de la demandante al rais a través de la vinculación

¹ 10EscritoContestaciónColpensiones.pdf, del Expediente Digital
² 12ContestaciónPorvenir.pdf, del Expediente Digital

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 Segundo Laboral del Circuito de Florencia – Caquetá, siendo inadmitida a través de Auto fechado al 19 de febrero de 2021 y posteriormente admitida en providencia del día 16 de abril de 2021.

4.2. Mediante auto del 24 de mayo de 2021, se tuvo por contestada la demanda, por los demandados COLPENSIONES y PORVENIR, se reconoció personería para actuar y se señaló fecha para adelantar la diligencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio.

4.3. El 8 de septiembre de 2021, se realizó la audiencia de trámite, se declaró fracasada la etapa de conciliación, se agotó la etapa de saneamiento y fijación del litigio, se decretaron pruebas.

4.4. El 7 de marzo de 2022, se practicó el interrogatorio de parte a la demandante, se declaró clausurado el debate probatorio, se escucharon los alegatos de conclusión y se profirió sentencia.

5.Sentencia de primera instancia

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia, en audiencia realizada el siete (7) de marzo de 2022, resolvió:

"(...) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora LUZ DALILA TRIVIÑO FIERRO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada ante el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., efectiva a partir del 01 de marzo de 1997; y en consecuencia, ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de sus aportes y bonos pensionales -si los hubiera, junto con los rendimientos financieros sin la posibilidad de descontar gastos de administración, si lo propio no se hubiere hecho, esta devolución deberá hacerse ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones de fondo propuestas por las entidades demandadas FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, según las consideraciones precedentes.

TERCERO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la señora LUZ DALILA TRIVIÑO FIERRO, fijando agencias en derecho en la suma de \$1.000.000,00 M/CTE. Tánsense oportunamente por Secretaría.

CUARTO: Súrtase el grado jurisdiccional de consulta ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, tal como lo impone el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo por haber incluido los efectos del fallo a COLPENSIONES.

QUINTO: Esta decisión es susceptibles también del recurso de apelación en los términos del artículo 66 Ibídem.

SEXTO: De la anterior decisión y de todo lo resuelto en esta audiencia quedan las partes oralmente notificadas en estrados tal como lo signa el artículo 41 del Código de Procedimiento Laboral. (...)"

Expresa el Juez de primera instancia 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 la 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 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 de la actora, 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 la actora no conoció los efectos y las consecuencias de tal actuación; por lo que no pueden salir avante las excepciones propuestas por los demandados.

6. El recurso de apelación

6.1 Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES:
El apoderado judicial de COLPENSIONES apeló la sentencia de primera instancia, expresando que el a quo no tuvo en cuenta que, en el año 1997 sí se le brindó a la señora Luz Dalila Triviño Fierro, una asesoría previa a realizar su traslado, toda vez que, si bien es cierto, la actora en el interrogatorio de parte señaló que el mismo no se le realizó, en el escrito de la demanda quedó consignada otra información, la cual el apoderado plasmó, teniendo como base lo informado por su prohijada, por lo que se demostró la falsedad de la demandante, al ocultar información, que lo hizo incurrir en error al adoptar la decisión, razón por la cual, si bien, no se aportó prueba por parte de Porvenir de la asesoría brindada, lo mismo no es óbice para que se revoque la sentencia de primera instancia.

6.2. Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir

El apoderado judicial de Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, aduciendo que cumplió con el deber de información y la decisión del juez de instancia, tuvo como soporte jurídico, decisiones posteriores al año de vinculación de la afiliada a PORVENIR S.A.; Que 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 demanda y, precisó 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 2015123910 del 29 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 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 GLORIA STELLA- 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 demostró 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 23 años en la Administradora de Pensiones.

Indicó también el apelante que, al momento del traslado de fondo de pensiones, no era obligación de la administradora PORVENIR S.A. 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 se revoque la sentencia de primera instancia y se declaren prosperas las excepciones propuestas.

7. Grado jurisdiccional de consulta.

En el presente proceso se debe surtir simultáneamente el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada Colpensiones, pues a pesar que presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, el Juez de segundo grado tiene el deber de revisar, sin límites, la totalidad de las decisiones que le fueren adversas a La Nación, a las entidades territoriales y descentralizadas en las que aquella sea garante, tal como lo señaló la C.S.J. el realizar vía tutela, un análisis del Artículo 69 del C.P.T.S.S., modificado por el Artículo 14 de la Ley 1149 de 2.007.

8. Alegatos en segunda instancia

8.1. COLPENSIONES

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 LUZ DALILA TRIVIÑO FIERRO, a la fecha de admisión de la demanda, contaba con 56 años, lo que deviene en la imposibilidad de trasladarse de régimen, y tampoco contaba con 15 años de servicio o su equivalente en semanas, a la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que no es beneficiaria del régimen de transición, razón por la cual no existen razones de hecho y de derecho que permitan acceder a las pretensiones.

Asimismo señaló que, verificado el SIAFP, obrante en el expediente, se evidenció 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 RAIS 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, dicho silencio conlleva a manifestar que la demandante conocía las consecuencias generadas con el traslado de régimen y aun así, permaneció en él, por lo que, dicha permanencia es una señal de aceptación que impide alegar que se encuentra viciado de nulidad por falta de información veraz, real y completa.

8.2. Demandante

El apoderado judicial de la parte demandante, señaló que, reitera los argumentos expuestos en el trámite de primera instancia, teniendo en cuenta que, han sido múltiples los pronunciamientos del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, analizando casos similares en donde se demanda la INEFICACIA de la afiliación de una persona a un fondo privado de pensiones cuando estando en transición no se le brindo la información necesaria sobre las consecuencias de la pérdida del régimen de transición. Que, los Fondos Privados de Pensiones estaban obligados a enterar a sus potenciales clientes de lo que acarrearía un cambio de régimen cuando la persona tenía unas expectativas, las mismas que se verán afectadas al momento de liquidar la mesada pensional.

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, en virtud del recurso de apelación formulado por los demandados, 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 LUZ DALILA TRIVIÑO FIERRO a PORVENIR S.A., fue válido, o si por el contrario es ineficaz y si las partes cumplieron con la carga de la prueba que les asiste.; **ii)** Consecuentemente si procede la declaratoria de la ineficacia, se deberá analizar los conceptos a devolver por el fondo privado; **iii)** y, las excepciones de mérito formuladas por COLPENSIONES, así como los reparos realizados por PORVENIR S.A. en el recurso de apelación incoado.

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.*³

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.

³ Sentencia C/081 de 2018 de la Corte Constitucional.

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.

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

4.2. 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).

En especial la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, Rad. 68838 señaló:

"El examen del acto del cambio de régimen pensional, por incumplimiento del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas -la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos-

«3.2. Excepción de saneamiento de la nulidad relativa

La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

[...]

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos».

La reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado

«Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tutiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos».

(...)

Referente al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, señaló la C.S.J. Sala de Casación Laboral que:

«(...) Desde su fundación las sociedades administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de entregar la información suficiente, transparente, cierta y oportuna, que permita al afiliado elegir de entre las distintas opciones posibles aquella que mejor se ajuste a sus intereses, garantizando una afiliación libre y voluntaria precedida del respeto a las personas e inspirada en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

«1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente.

[...]

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, "Estatuto Orgánico del Sistema Financiero", aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de "suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles

en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios "la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero 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.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, 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. En otros términos, 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.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir "un juicio claro y objetivo" de "las mejores opciones del mercado".

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que, dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y "formadas en la ética del servicio público" (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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", premisa que implica dar a conocer "las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes", como podría ser

la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiper regulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, "Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones" recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de "poder tomar decisiones informadas". <Subrayado fuera del texto original, para resaltar>

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo.

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de "transparencia e información cierta, suficiente y oportuna", conforme al cual "Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas".

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más

trasladados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

[...]

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3.º elevó a categoría de derecho del usuario el de "recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos" y "exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras" (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.º, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y "con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable".

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.º de ese reglamento en los siguientes términos:

"Artículo 7º. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto".

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de

2015 y la Circular Externa n° 016 de 2016. El deber de doble asesoría.

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir "asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia".

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

"[...]

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

1. *Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
2. *Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
3. *Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
4. *Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
5. *Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
6. *Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia establezca.*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los

consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparte la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto”.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral

3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

“3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1748 de 2014, y el art.

2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado”.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

[...]

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría».

Asimismo, 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 ineeficacia 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 ineeficacia de la afiliación (CSJ SL4630-2019).

4.4. Caso en concreto.

En el caso objeto de estudio, no está en discusión que la demandante nació el día 10 de marzo de 1965, que realizó cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, durante diferentes períodos comprendidos entre abril de 1985 a enero de 1997, cotizando un total de 302 semanas a dicho régimen, y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, el 24 de enero de 1997, según formulario de afiliación No. 664254, suscrito con Horizontes Pensiones y Cesantías, iniciando cotizaciones en el mes de marzo de 1997.

Para la fecha en la que la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad -24 de enero de 1997-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, que señala la CSJ del deber de información por parte de las AFP, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir libre y voluntariamente la opción que mejor se ajustara a sus intereses, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implica la ilustración de las características, condiciones, acceso,

efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Por su parte PORVENIR S.A., no demostró que la vinculación realizada a la actora a ese fondo, se haya realizado dándole a la demandante, una 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.

Sobre la carga de la prueba, la CSJ en la sentencia SL4426-2019, 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. Así mismo, 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.

Frente a la información recibida por la señora TRIVIÑO FIERRO por parte de PORVENIR S.A., relacionada con el traslado del RPM al RAIS, obra en el expediente digital, cuaderno de primera instancia, carpeta "13Anexos", archivo "FORMULARIO CC 40766117", copia del documento titulado "solicitud de vinculación" No. 664254, con fecha de suscripción del 24 de enero de 1997, documento en el cual se aprecia un aparte de "voluntad de selección y afiliación", firmado por la actora en dicha casilla, en el que, únicamente consta una nota que señala "hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad, la ha efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones, manifiesto que he elegido a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Horizontes S.A. para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos".

Así las cosas, la documental referida no da cuenta que la AFP administradora del RAIS, 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. Tampoco del interrogatorio de parte de la demandante se logra establecer que se haya cumplido la obligación de suministrar la información necesaria que le debía entregar la AFP a la usuaria, para el traslado de régimen.

Debe indicarse 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 ineficacia 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 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, 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 febrero de 1997, 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 probado 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 RPM⁴.
- 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 comprador⁵.
- 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

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 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

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 gestión⁶.

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 beneficios⁷, (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 pensiones⁸.

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados⁹.

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 bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el Decreto 1833 de 2016¹⁰.

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, los bonos pensionales a que haya lugar, con los rendimientos financieros y no podrá descontar gastos de administración y además debe devolver 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

⁶ 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.

⁷ Sentencia SL-4360-2019.

⁸ Sentencia SL-2877-2020.

⁹ 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.

¹⁰ Sentencia SL 2877-2020

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 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 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 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."

-EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN** planteada por el demandado COLPENSIONES, 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 ineficacia 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 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 sometidos 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 de la señora LUZ DALILA TRIVIÑO FIERRO, 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 anterior se confirmará la sentencia apelada, y se adicionará 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 emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Florencia-Caquetá, el 7 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral iniciado por LUZ DALILA TRIVIÑO FIERRO, 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.

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 que pueda descontar gastos de administración y debe 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 los demandados, 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: La presente decisión se notificará por **EDICTO**.

QUINTO. - 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 - Caquetá

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: **2523dd4bc13611b2e45162aa886e91e36cf192744b6e6bb5e9b2eab24418ae22**

Documento generado en 27/11/2023 07:21:35 PM

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