



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:	18-001-31-05-001-2017-00083-01
DEMANDANTE:	JOSE HUMBERTO MORERA CIPRIAN
DEMANDADO	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
TEMA:	INEFICACIA TRASLADO REGIMEN PENSIONAL
PROYECTO DISCUTIDO Y APROBADO EN SESION VIRTUAL ACTA No. 111-2023	

I.OBJETO DEL PROVEIDO

Vencido el termino para alegar se procede a Resolver la consulta y el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia-Caquetá, el 4 de marzo de 2020, dentro del proceso ordinario laboral iniciado por **JOSE HUMBERTO MORERA CIPRIAN**, 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:

El demandante, JOSE HUMBERTO MORERA CIPRIAN, nació el 8 de marzo de 1958, contando a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 con más de 15 años de servicios cotizados, por lo que se hacía beneficiario del régimen de transición, cotizando al régimen de prima media.

Señala que el 19 de noviembre de 2004, suscribió formulario de solicitud de vinculación al FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS-PORVENIR-, sin que le informaran las consecuencias que ocasionaba el cambio de régimen, ni la pérdida de los beneficios establecidos en el régimen de transición, pues los asesores no le dieron a conocer las desventajas de dicha afiliación.

Aduce que la ADMINISTRADORA DE PENSIONES-COLPENSIONES, radicó en junio de 2011 solicitud de traslado a nombre del actor, ante PORVENIR, la cual fue negada manifestando que no cumplía con los requisitos de la SU-062, es decir 750 al 1 de abril de 1994.

Afirma que estaba inmerso en el régimen de transición en abril de 1994, el cual conservó de conformidad al Acto legislativo 001 de 2005, cumpliendo la edad pensional el 8 de marzo de 2013, situación que denota el engaño del que fue víctima por parte de los asesores de PORVENIR S.A.

Agrega que el 13 de noviembre de 2015 solicitó a Porvenir S.A., que realizara el traslado al RPMPD, petición que dirigió el 23 de noviembre de la misma anualidad a COLPENSIONES, a fin de que recibiera el traslado; mediante oficio BZ2015_11294038-3253306, COLPENSIONES, determinó que el traslado no fue aceptado por la AFP PORVENIR, teniendo en cuenta que no contaba con 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1995, conforme a la sentencia SU-062 de 2010.

2. Pretensiones.

Solicita el actor que se declare que se encontraba en el régimen de transición y lo conservó conforme al Acto Legislativo 001 de 2005; se declare que no fue advertido de las consecuencias del cambio de régimen ni de la pérdida de los beneficios del régimen de transición, y como consecuencia se declare ineficaz la afiliación a la Administradora de Fondos Pensiones y Cesantías Porvenir y se ordene a la misma la devolución de los aportes junto con los rendimientos a Colpensiones, entidad que administra el sistema de prima media con prestación definida.

3. Contestación de los demandados

3.1. COLPENSIONES

El demandado COLPENSIONES contestó¹ la demanda el 16 de marzo de 2017, solicitando negar cada una de las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de fondo: *i)* aplicación de las normas legales, *ii)* inexistencia de la obligación, *iii)* prescripción, *iv)*

¹ Folio 41 al 55 del Cuaderno Principal

no hay lugar al cobro de intereses moratorios; v) declaratoria de otras excepciones.

3.2. PORVENIR S.A.

El Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. contestó la demanda² el 8 de agosto de 2017, oponiéndose a las pretensiones de la demanda y presentando como excepciones de mérito las que denominó: i) prescripción de la acción por la cual se pretende la nulidad; ii) buena fe; iii) debida asesoría del fondo; y la iv) genérica.

4.Trámite procesal relevante

4.1. La demanda fue repartida al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia – Caquetá, siendo admitida a través de auto datado el 17 de febrero de 2017.

4.2. Mediante auto del 16 de agosto de 2017, se tuvo por contestada la demanda, por los demandados COLPENSIONES y PORVENIR, se reconoció personería para actuar y se señaló fecha para adelantar la audiencia de que trata el artículo 77 del CST.

4.3. El 19 de noviembre de 2018, se realizó la audiencia de trámite, se declaró fracasada la etapa de conciliación, sin excepciones previas por no haber sido propuestas, se agotó la etapa de saneamiento y fijación del litigio, se decretaron pruebas.

4.4. El 27 de junio de 2019, se practicó el interrogatorio de parte a la demandante, se declaró clausurado el debate probatorio, se escucharon los alegatos de conclusión y finalmente el 4 de marzo de 2020 se profirió sentencia.

5.Sentencia de primera instancia

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia, en audiencia realizada el cuatro (4) de marzo de 2020, resolvió:

"(...) PRIMERO: declarar que el señor JOSE HUMBERTO MORERA CIPRIANO con cedula de ciudadanía numero 17.631.142 no fue debidamente informado de las ventajas y desventajas que tenía el sistema pensional ofrecido por la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR s.a., de conformidad a lo expuesto en los motivos del presente fallo.

SEGUNDO: declarar la ineficacia de la afiliación del señor JOSE HUMBERTO MORERA CIPRIANO con cedula de ciudadanía numero 17.631.142 a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., en atención a los argumentos expuestos en esta decisión.

TERCERO: ordenar a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., la devolución o traslado de los aportes o cotizaciones efectuados por el señor JOSE HUMBERTO MORERA CIPRIANO con cedula de ciudadanía número 17.631.142, con sus rendimientos a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, atendiendo lo reseñado en el presente fallo.

CUARTO: se declara la no prosperidad de las excepciones de mérito propuestas, conforme a lo considerado. (...)"

² Folio 62 al 137 del Cuaderno Principal

Luego de realizar el recuento procesal y pruebas recaudadas el Juez de Primera Instancia fundó su decisión en que, de las semanas cotizadas se logra advertir que efectivamente el demandante es beneficiario del régimen de transición el cual conservó hasta el 2014; que de las pruebas allegadas se evidencia que el actor suscribió formulario de afiliación ante PORVENIR, que los argumentos de defensa de la AFP son de orden legal y normativo, que en nada pueden desvirtuar los derechos y garantías pensionales objeto de reclamación por parte del accionante.

De lo actuado concluyó que el Fondo de ningún manera prueba o acredita que hizo lo propio con el demandante con la información que fue suministrada inicialmente para afiliarlo, pues no se suscribió con el eventual usuario un documento que diera fe que proporcionaba y se recibía información suficiente, clara y transparente sobre la nueva modalidad del sistema en lo que positivo y negativo, tampoco se consignó la asesoría que se le brindó de manera que no quedara el más mínimo asomo de duda si se acogía o no al nuevo esquema pensional porque esa era la obligación legal que le daba transparencia al negocio jurídico, utilizando las herramientas que le permitieran tener pleno conocimiento.

Agregó que, estaba demostrado que PORVENIR SA, transgredió las obligaciones de información completa y oportuna respecto del demandante, ya que la forma deficiente e inoportuna en que fue abordado por los promotores del nuevo fondo de pensiones y cesantías contravienen los principios de derecho protector de las garantías inherentes a la pensión, pues no desarrollaron un verdadero plan de información, situaciones que permiten ver que se hizo incurrir en error al demandante al optar por afiliarse y disponer del traslado de sus aportes a PORVENIR, sin que se le diera a conocer la información de los pro y contras.

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 en cuanto al traslado del régimen pensional la facultad de emigrar de un régimen a otro surge por disposición del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y cita, y posteriormente hace alusión las etapas del deber de información de las administradoras de pensiones, por lo que señala que la asesoría brindada por la AFP debe valorarse de acuerdo a la normatividad vigente para la época de los hechos en que se suscribió el formulario para la realización del traslado; que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones ni soportes de información no previstas en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado de

régimen, exigencia que desvirtúa el principio de confianza legítima, por lo que solicitó revocar el fallo 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 en ningún momento ha querido no reconocer el derecho solicitado por la parte demandante toda vez que, lo único que ha hecho la entidad es sostener su posición frente a una información que esta ofrecida por parte del ministerio de Hacienda y crédito público, en la cual se puede establecer que el demandante, con base en lo establecido en dicho Ministerio, al primero de abril de 1994 solo le aparecen reportadas 411.43 semanas, si bien anexó que al año 95 había cotizado 808 semanas, como entidad hacen la aseveración de acuerdo a lo que el Ministerio de Hacienda reporta, por lo que han sostenido que no se reúnen las condiciones establecidas por la Corte Constitucional en las sentencias SU 062 de 2010 y la SU130 de 2013, en el entendido que al 1 de abril de 1994 se debía contar con 750 semanas cotizadas o 15 años de cotización al sistema.

Indica que el demandante no cumple con los presupuestos que se indican en el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues al hacer la solicitud de traslado ya le faltaban menos de 10 años para obtener el derecho a la pensión, por lo que la entidad ha sostenido su posición en que el demandante no cumple con lo establecido en la normatividad aplicable y además que, la entidad en ningún momento engaño al demandante, pues el mismo en el interrogatorio manifestó que no había suscrito el formulario de afiliación, pese a que esto quedó debidamente demostrado y que los representantes de PORVENIR en su momento debieron haber hecho la asesoría correspondiente, que si bien hoy se habla de una doble asesoría que se debe brindar a los afiliados, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dichos requerimientos no estaban vigentes, por lo que los agentes únicamente ejercieron una actividad económica, que la decisión del actor fue libre y voluntaria para vincularse; además que se están exigiendo a PORVENIR unas formalidades que para el momento de los hechos no estaban vigentes, pese a ello, itera que los dependientes de PORVENIR actuaron bajo los parámetros establecidos para la época.

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.

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 del señor JOSE HUMBERTO MORERA CIPRIAN 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 deprecia, 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.

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:

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

"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 tuitiva 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. ° 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 traslados 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 imparta 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 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).

4.4. Caso en concreto.

En el caso objeto de estudio, no está en discusión que el demandante nació el día 8 de marzo de 1958, que realizó cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, durante diferentes periodos comprendidos entre mayo de 1980 a abril de 1995, y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, el 20 de

noviembre de 1994, según formulario de afiliación No. 10970437, suscrito con el fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, iniciando cotizaciones en diciembre de 2004.

Para la fecha en la que el demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad -20 de noviembre de 2004-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, que señala la CSJ del deber de información por parte de las AFP⁴, 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 al actor a ese fondo, se haya realizado dándole al demandante, una ilustración suficiente, clara y transparente, respecto de las desventajas que implicaban el traslado de fondo pensional, exponiendo el actor que no se le indicó por ejemplo el impacto que tendría frente al régimen de transición, la eventual pérdida de beneficios pensionales, omitiendo información necesaria que le permitiera entender las características y riesgos de dicha vinculación, pues la misma fue exigua por no decir que insuficiente.

Sobre la carga de la prueba, la CSJ en la sentencia SL4426-2019, postura recogida en sentencia CSJ SL2044 de 2023, en la cual 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 el señor JOSE HUMBERTO MORERA CIPRIAN por parte de PORVENIR S.A., relacionada con el

⁴ Postura reiterada entre otras en Sentencia CSJ SL2044 DE 2023

traslado del RPM al RAIS, obra en el expediente, a folio 99 del cuaderno principal copia del documento titulado "*solicitud de vinculación o traslado*" No. 10970437 con fecha de suscripción del 19 de noviembre de 2004, documento en el cual se aprecia un aparte de "*voluntad de afiliación pensiones obligatorias*", firmado por el actor en dicha casilla, en la que, únicamente consta una nota que señala "*reitero que he sido informado suficientemente acerca del significado e implicaciones del régimen de transición del cual soy beneficiario y que de permanecer en el Régimen de Prima Media administrado por el ISS, podría acceder a la pensión de vejez en condiciones especiales, siendo consciente de ello, hago constar que realizo en forma libre, espontanea y sin presiones(...)*", aseveraciones que ha sido consideradas insuficientes por parte de la Corte Suprema de Justicia, pues a lo sumo acreditan un consentimiento, mas no, informado⁵.

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 del actor de régimen pensional, es decir, cuando el afiliado se trasladó del RPM y pasó al RAIS, en la forma como la ha entendido y determinado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; tampoco del interrogatorio de parte del demandante se logra establecer que se haya cumplido la obligación de suministrar la información necesaria que le debía entregar la AFP al usuario, para el traslado de régimen.

Debe indicarse que, la labor de los asesores de los fondos privados, en la etapapre-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 al demandante como su afiliado, cumplió con los imperativos profesionales de información.

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que el 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 ineficiencia del traslado no tienen en cuenta esta circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado, tal y como quedó suficientemente decantado.

⁵ sentencias 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, SL2877-2020, SL373-2021 y SL3537-2021, reiterada en sentencia CSJ SL2044/2023

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 del actor fue el 20 de noviembre de 2004, 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 probar el 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 el 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 el 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 RPM⁶.

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 comprador⁷.
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 gestión⁸.

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 beneficios⁹, (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 pensiones¹⁰.

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados¹¹.

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

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ Sentencia SL-4360-2019.

¹⁰ Sentencia SL-2877-2020.

¹¹ En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021 y CSJ SL 1197-2021.

lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el Decreto 1833 de 2016¹².

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 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 lugar a 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

¹² Sentencia SL 2877-2020

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 *i)* aplicación de las normas legales, *ii)* inexistencia de la obligación, *iii)* no hay lugar al cobro de intereses moratorios; *iv)* declaratoria de otras excepciones, teniendo en cuenta que, la sentencia está siendo revisada en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, ha de señalarse que, las mismas no prosperan, al concluirse la ineficacia de la vinculación del señor JOSE HUMBERTO MORERA CIPRIAN 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 Primero Laboral del Circuito de Florencia-Caquetá, el 4 de marzo de 2020, dentro del proceso ordinario laboral iniciado por JOSE HUMBERTO MORERA CIPRIAN, 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 - 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: **64465f25a42560884e81ba34d655b6946033cee900e75ccc06bf9aee41a4cccf**

Documento generado en 27/11/2023 07:21:17 PM

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