

Proceso: *Ordinario Laboral*
Demandante: *ESFRED MARÍA FERNANDA BARRETO PÉREZ*
Demandado: *Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y PORVENIR.*
Consulta sentencia 25 de octubre de 2023.
Radicado: *18001-31-05-001-2022-00019-01*
Discutido y Aprobado mediante Acta No. 037.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE FLORENCIA
SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE:
GILBERTO GALVIS AVE**

Florencia -Caquetá-, veintidós (22) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en razón a la sentencia del 25 de octubre de 2023 - proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, que declaró la ineficacia del traslado a favor de la señora ESFRED MARÍA FERNANDA BARRETO PÉREZ dentro del proceso de la referencia.

1. ANTECEDENTES:

La señora ESFRED MARÍA FERNANDA BARRETO PÉREZ promovió proceso Ordinario Laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, y el Fondo de Pensiones y Cesantías -Porvenir con el fin de que se declare que fue afiliada a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTÍAS PORVENIR, desde **21 de mayo de 2014**, sin ser informada por esta en

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

debida forma de las implicaciones, ventajas y desventajas del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad; que como consecuencia de lo anterior, se declare que el traslado es ineficaz, por no haber sido precedido de una información suficiente, cierta y oportuna; que se ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, el traslado de los aportes, junto con sus rendimientos, bono de pensiones y sin descuentos por gastos de administración a COLPENSIONES; que condene en costas y agencias en derecho y demás declaraciones ultra y extra petita.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relacionaron los hechos sintetizados por la Sala así: i) Que nació el **12 septiembre de 1960**, a la presentación de la demanda contaba con 61 años de edad; ii) Que **cotizó inicialmente** a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL desde 1991 hasta el año 2000 y desde junio del mismo año a junio de 2014 permaneció afiliada a COLFONDOS ; iii) Que en julio de 2014, mientras se encontraba en su lugar de trabajo fue abordada por asesores de COLFONDOS quienes le manifestaron que debía trasladarse a la aseguradora PORVENIR porque cerrarían sus oficinas en la ciudad, le entregaron un formato de vinculación sin recibir ninguna clase de asesoría sobre las consecuencias de trasladarse a esa administradora de pensiones; iv) Que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR, desde 01 de julio de 2014; v) Que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, en ningún momento le brindó información suficiente, cierta y oportuna sobre las consecuencias y efectos de trasladarse de régimen, como no lo hizo al momento de efectuar su traslado en el 2014, información que fue omitida por parte de los asesores de PORVENIR; vi)

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

Que en respuesta al derecho de petición radicado No. 2020_10809688, donde solicitó el traslado de régimen pensional. La aseguradora respondió que: *“...la validación de los requisitos de cumplimiento para el traslado de régimen, es efectuada por la AFP a la que se encuentre afiliado el ciudadano, por lo tanto, la aprobación o rechazo del traslado lo determina dicha entidad, no Colpensiones”* indican también que *“se encuentra a diez años o menos del requisito del tiempo para pensionarse”*; vii) Que mediante Decreto 2196 del 2009, se ordenó la supresión y liquidación de CAJANAL, ordenándose en dicha normativa que todos sus afiliados pasarían a hacer parte del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES; viii) Que mediante Decreto 2013 del 2012 se suprimió al INSTITUTO DE SEGURO SOCIALES, siendo remplazado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, quien asumió el pago de las pensiones reconocidas por el ISS y CAPRECOM; así como que asumió las pensiones del RPMPD, de conformidad con lo establecido en la Ley 1151 de 2007.

2. TRÁMITE PROCESAL:

2.1. Actuaciones procesales relevantes:

La demanda fue repartida al Juzgado Primero Laboral del Circuito, inicialmente fue inadmitida mediante proveído de fecha 23 de febrero de 2022, luego de ser subsanada por el demandante se admitió el 27 de abril de 2022, donde se ordenó la vinculación de Colfondos, la notificación a las demandadas, y al Ministerio Público, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, trámite que surtió de manera satisfactoria.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

Una vez surtida la notificación Colpensiones contestó la demanda el 23 de mayo de 2022, manifestando que eran ciertos los hechos 1, 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15, por su parte indicó que los hechos 4, 6 y 7 no se trataban de hechos sino de manifestaciones de la actora y frente a las pretensiones manifestó que en caso de ser declarada la ineficacia y nulidad del traslado, PORVENIR debía cubrir la disminución del capital destinado al cubrimiento de la prestación sin que ello afectara el alguna medida a COLPENSIONES, por otro lado, precisó que se oponía a la condena en costas en el sentido de que la administradora de pensiones, actuó en debida forma dando respuesta a los requerimientos hechos por el actor.

Desde ese punto de vista propuso como excepciones de fondo las que denominó: *i) prescripción, ii) falta de prueba, iii) buena fe, iv) inoponibilidad por ser tercero de buena fe; v) responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; vi) la genérica y vii) extra y ultra petita.*

El Fondo de Pensiones y Cesantías -Porvenir contestó la demanda el 2 de marzo de 2021, se opuso a todas las pretensiones, frente a los hechos indicó que el 14 no era cierto y dijo no constarle los demás hechos; propuso las excepciones de fondo que denominó *i) prescripción; ii) prescripción de la acción de nulidad; iii) cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; y, iv) buena fe.*

Por su parte Colfondos contestó la demanda el 20 de mayo de 2022, se opuso a las pretensiones segunda y quinta, frente a los hechos dijo no constarle los hechos 6 y 7, y los demás los dio por ciertos, bajo ese aspecto, formuló las excepciones de mérito denominadas: *i) Nemo Auditur Propriam Turpitudinem Allegans; ii) Doctrina de los actos propios; iii) Autonomía de la*

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

voluntad; iv) Desconocimiento de la ley; v) Buena fe del demandado; vi) Actori incumbit probatio; y, vii) Eficacia del negocio jurídico.

Mediante auto del 15 de noviembre de 2022, se señaló fecha para adelantar la diligencia de que trata el 77 del Código Procesal Laboral, modificado por el artículo 39 de la Ley 1149 de 2007. La cual finalmente se llevó a cabo el 17 de abril de 2023, donde se declaró fracasada la etapa de conciliación, se agotó la etapa de saneamiento y fijación del litigio, se decretaron como pruebas las aportadas con la demanda y las contestaciones, y se ordenó la práctica del interrogatorio de la demandante.

El 11 de octubre de 2023, se realizó la segunda audiencia de trámite en la cual se practicó el interrogatorio mencionado, se declaró clausurado el debate probatorio, se escucharon los alegatos de conclusión y se fijó fecha para proferir el respectivo fallo, el cual se efectuó el 25 de octubre de 2023.

3. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia, Caquetá, en esa oportunidad y mediante sentencia resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora ESFRED MARIA FERNANDA BARRETO PEREZ no fue debidamente informada de las ventajas y desventajas que tenía el sistema pensional ofrecido por porvenir s.a., de conformidad a lo expuesto en los motivos del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora ESFRED MARIA FERNANDA BARRETO PEREZ a PORVENIR S.A., en atención a los argumentos expuestos en esta decisión.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

TERCERO. ORDENAR a porvenir s.a., la devolución o traslado de los aportes o cotizaciones efectuados, por la señora ESFRED MARIA FERNANDA BARRETO PEREZ, con sus rendimientos a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

CUARTO. DECLARAR no prósperas las excepciones de mérito propuestas, conforme a lo considerado.

QUINTO. CONDENESE en costas a PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES en favor de la parte demandante, conforme a lo señalado con anterioridad (...). “

Para el efecto, el juez a quo adujo que, del material probatorio, especialmente de la prueba documental, se desprendió que la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir incumplió con la obligación de proporcionar información adecuada para verificar la autonomía de la voluntad del afiliado al momento del traslado de régimen. Se constató que la concepción de que el traslado se realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones, como se afirma en la solicitud de vinculación, no fue suficiente para demostrar el consentimiento real para dicho traslado, según lo establecido en la jurisprudencia. Por lo tanto, correspondía a PORVENIR demostrar adecuadamente que había brindado asesoramiento adecuado y había informado sobre los beneficios y desventajas del cambio de régimen, dada la carga de la prueba que recaía en la administradora de pensiones debido a la magnitud de su actuación y su mejor posición para demostrar dicho consentimiento informado.

Señaló que, aunque las demandadas solicitaron el interrogatorio de parte de la señora ESFRED MARÍA FERNANDA BARRETO PÉREZ, no se obtuvo una confesión conforme al artículo 191 del CGP. La declaración de la interrogada durante este acto procesal no proporcionó evidencia

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

que pudiera ser adversa para ella o beneficiosa para la parte contraria, que contrario a ello, la demandante afirmó que nunca se le informaron las implicaciones de realizar el traslado de régimen para obtener el derecho pensional.

Indicó adicionalmente que, firmó el formato de vinculación debido a la información proporcionada por un asesor de COLFONDOS, quien le dijo que debía firmar el traslado porque iban a cerrar sus oficinas y debía trasladarse a PORVENIR. Posteriormente, recibió un oficio que le informaba sobre el traslado y sus implicaciones, pero no se le asesoró sobre los requisitos para obtener su derecho ni sobre otros aspectos importantes, sólo después de realizar un simulacro de pensión, la demandante comprendió las consecuencias del traslado en su derecho de pensión.

Por lo tanto, el *a quo* concluyó que la demandante no había tomado una decisión informada, y no era necesario probar rigurosamente los vicios del consentimiento, ya que el engaño se produjo por la omisión de información por parte del fondo de pensiones que realizó el traslado. La falta de información adecuada por parte del fondo de pensiones sobre las ventajas y desventajas del traslado impidió que la demandante tomara una decisión consciente y autónoma.

En conclusión, el juzgado determinó que la demandante no recibió una información clara, suficiente y oportuna sobre el sistema pensional ofrecido por PORVENIR, incluyendo sus ventajas y desventajas. Esta falta de información impidió que la demandante tomara una decisión consciente, autónoma y voluntaria al optar por trasladarse al nuevo

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

fondo o administradora de pensiones. Por lo tanto, se declaró la ineficacia del traslado realizado.

4. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

4.1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES:

Las partes no ejercieron la facultad de apelación contra la decisión del Juzgado de primera instancia; sin embargo, conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social inciso tercero, que reza: “*(...)También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante (...)*” al haber resultado desfavorable para la aseguradora de pensiones COLPENSIONES, dicha decisión debe ser sometida obligatoriamente a consulta ante tribunal superior correspondiente. Esta disposición legal establece que, incluso en ausencia de un recurso de alzada por parte de las partes, cuando la providencia resulta adversa para el trabajador o la nación, debe ser revisada en segunda instancia para generar una garantía judicial efectiva y el debido proceso. De esta manera, se avala que la decisión sea sometida a un nuevo análisis por parte de una autoridad judicial superior, en aras de verificar la corrección y justicia de la misma.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

5.1Competencia

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

Como quiera que la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia, Caquetá, no fue recurrida por las entidades demandadas, y al resultar adversa para la entidad demandada COLPENSIONES que por tratarse de una entidad de las que trata el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, queda para que se surta en este Tribunal el grado jurisdiccional de consulta.

Debe señalarse en primer lugar que los llamados presupuestos procesales que tanto la doctrina como la jurisprudencia reclaman para su cabal desenvolvimiento, se encuentran debidamente establecidos y al no existir nulidad alguna que los invaliden, es procedente por parte de esta Corporación proferir sentencia que resuelva de fondo el asunto planteado.

6. PROBLEMA JURÍDICO:

Corresponde a la Sala determinar sí fue eficaz, libre y voluntario, o no, el traslado de régimen pensional realizado por el demandante.

También y de acuerdo a las resultas de lo anterior y al perseguirse dentro de la demanda la ineficacia de traslado pensional, implica realizar un análisis de las condiciones que rodearon el traslado de régimen pensional del RPM al RAIS y verificar si en aquél acto de traslado existió una indebida asesoría al demandante por parte de la administradora de pensiones privada, de manera que si se acredita un vicio en el consentimiento del afiliado traducido en su desconocimiento de las condiciones pensionales del régimen al cual se trasladaba, por omisión de la información por parte del fondo en cuestión, se debe declarar la

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

ineficacia del acto de traslado y como consecuencia de ello la declaración que su afiliación fue sin solución de continuidad en el régimen pensional de procedencia, que en este caso corresponde al RPM.

7. PREMISAS NORMATIVAS:

7.1. LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN PENSIONAL DEBE SER LIBRE Y VOLUNTARIA.

Con la creación del Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, la finalidad principal fue la de crear un sistema pensional uniforme, independientemente de la naturaleza del vínculo laboral del afiliado en armonía con la pauta constitucional del artículo 48 en el cual la seguridad social se garantiza a todos los habitantes del territorio nacional en condiciones de igualdad.

La Ley 100 de 1993 incorporó en el sistema pensional dos regímenes solidarios que coexisten, pero excluyentes entre sí como lo son el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual las personas se pueden afiliar en condición de libertad dependiendo de la conveniencia que en su caso personal tenga uno u otro.

En relación con la permanencia mínima del afiliado en el régimen pensional seleccionado dispuso el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

“ARTÍCULO 13. Características del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez."

Si bien la norma establece una prohibición legal, esta no implica una restricción total o absoluta. Es esencial examinar el contexto del traslado de régimen pensional para determinar si fue una decisión libre y voluntaria, basada en una información completa que aborde todas las implicaciones pertinentes.

El propósito fundamental del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones radica en salvaguardar a las personas contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Estos eventos pueden resultar en una disminución significativa de los ingresos del individuo o de su familia, lo que constituye una violación directa o conexa de los derechos fundamentales del afiliado o beneficiario.

En virtud de lo expuesto, resulta crucial la elección del régimen pensional que se ajuste a las necesidades y perfil de cada afiliado, destacando el papel esencial desempeñado por las administradoras de pensiones. Estas deben proporcionar información exhaustiva antes de la elección del régimen, así como ofrecer gestión y acompañamiento durante todo el proceso pensional, incluida la definición del derecho pensional. Para el afiliado, quien generalmente carece de conocimientos especializados en la materia, es de suma importancia la información proporcionada por la

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

administradora de pensiones al momento de la afiliación, ya que deposita su plena confianza en esta entidad. La administradora tiene la obligación legal de brindar un asesoramiento completo, dado que la decisión que tome el afiliado tendrá repercusiones a corto, mediano y largo plazo en su futuro pensional.

Todo lo anterior justifica la relevancia para el afiliado de la elección del régimen pensional, siendo el acto jurídico de afiliación o traslado un tema crítico que debe estar respaldado por la información adecuada. Este deber legal recae en las administradoras de pensiones de acuerdo con los artículos 20, 48, 53, 78 y 335 de la Constitución Política de Colombia, así como el Decreto 663 de 1993 y el Decreto 720 de 1994.

Asimismo, el literal b) del artículo 1314 y 27115 de la Ley 100 de 1993 establece el derecho de todo afiliado al Sistema General de Pensiones (SGP) a una elección de régimen pensional libre y voluntaria. Esta libertad solo se materializa cuando el afiliado ha sido adecuadamente informado, y su consentimiento, cuando no se obtiene, lleva inexorablemente a la ineficacia del acto, es decir, se considera que el acto no produce efectos.

Para esta Sala, la elección y traslado de régimen pensional constituye un momento crucial en la trayectoria pensional de un afiliado. La responsabilidad de prevenir y evitar circunstancias adversas recae en el asesor profesional de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP), equiparando su asesoramiento a un consentimiento plenamente informado asegurando ese deber de información que se encuentra establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico Financiero), los artículos 4, 14, 15 y 17 del Decreto 656 de 1994, así como

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, Si este asesoramiento no se proporciona de manera que permita al afiliado comprender claramente sus expectativas pensionales, el consentimiento no se puede considerar válido.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tratado exhaustivamente este asunto, sentando un precedente hace más de quince años. Este precedente se encuentra firme y, en lugar de menguar, cada fallo emitido por la Corporación refuerza la protección brindada a los afiliados al Sistema General de Pensiones.

DE LA EFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL:

De acuerdo con lo dispuesto por el literal E, del artículo 13, de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º, de la Ley 797 de 2003, 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, dicha disposición ha sido decantada en abundante jurisprudencia de las Altas Cortes, en la que se ha determinado que la prohibición de traslado establecida en el aparte normativo citado, *vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social de los afiliados, en tanto presenta una extralimitación desproporcionada e irracional.*¹

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

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

Por lo dicho, existe la posibilidad de que, judicialmente, pueda declararse la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual y, en consecuencia, ordenar su retorno aun cuando al afiliado le falte menos de 10 años para cumplir la edad establecida para acceder a la pensión de vejez, siempre y cuando se demuestre que al momento de realizar el traslado cuya reversión se depreca, el afiliado no haya recibido información cierta, suficiente y oportuna por parte del Fondo privado.

Es así que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral del Tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria, es estrictamente necesario que el afiliado haya recibido la información debida al momento del traslado, pues dentro del proceso judicial, según lo dispuesto por esa magistratura en la sentencia SL4343 de 2019, es obligación de las administradoras demostrar que no hubo asimetría de la información y, por lo tanto, proveer a los jueces de todos los medios de convicción que permitan dar certeza de que, al momento de producirse el traslado entre regímenes, el afiliado contaba con todos los elementos de juicio suficientes para decidir libre y voluntariamente su situación particular.

En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4025 de 2021, puntuó:

“Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

“Al respecto, la Sala en sentencia CSJ SL782-2021, en la que rememoró la SL19447 y SL4964-2018, sostuvo:

“Al efecto, sobre la decisión libre y voluntaria que debe acompañar al acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la jurisprudencia de esta Sala, en sentencia SL19447-2017, ha sido consistente en señalar que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se limita a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, habrá de estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea. Tampoco se trata de diligenciar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

“Ahora bien, conforme lo viene adoctrinando esta Sala, en tratándose del alcance del derecho a seleccionar un régimen pensional, el afiliado ostenta la facultad de optar por uno, en forma libre, informada, espontánea y sin presiones, lo que a su vez se constituye en una garantía del afiliado amparado por el régimen de transición, por hacer parte del núcleo esencial del derecho fundamental irrenunciable.

[...]

“En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

“Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfaría únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.”

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

Lo anterior está indicando, que ante la ausencia de prueba suficiente que permita advertir que el afiliado fue debidamente informado será procedente declarar la ineficacia del traslado.

8. PREMISAS FÁCTICAS:

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Corporación se debe establecer si fue eficaz, libre y voluntario, o no, el traslado de régimen pensional realizado por el demandante.

Para la Sala no es materia de discusión estos presupuestos facticos: i) que la señora ESFRED MARÍA FERNANDA BARRETO PÉREZ nació 12 septiembre de 1960; ii) que cotizó al régimen de prima media con prestación definida CAJANAL desde mayo de 1991 hasta mayo del 2000; iii) que entre junio del 2000 y junio de 2014 cotizó en la entidad COLFONDOS; iv) que el 01 de julio de 2014 se le realizó el traslado a la aseguradora PORVENIR.

Puestas así las cosas y en aras de resolver el problema jurídico planteado, imperioso resulta traer al escenario lo decantado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la obligación de información y asesoría de las AFP, plasmada entre otras en la SL1452 de 2019 y SL 1688 de 2019, reiterada en la SL4981/2020, en la cual precisó que, dicha obligación surgió desde la misma creación de la Ley 100 de 1993 en especial con el literal b) del artículo 13, pues señaló que para entenderse la decisión y expresión de ser la afiliación *libre y voluntaria* “necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole.”

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

Para fundamentar lo anterior, la Corporación ratificó que la obligación de información, de vieja data e incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, existía a la luz de lo dispuesto por el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, obligación que se relieva en virtud de la importancia de las obligaciones de las administradoras de fondos de pensiones y la trascendencia social que acarrea, puesto que una decisión que no cumpla con esas características puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, es por ello que la citada Corporación señaló que la administradora de pensiones hace incurrir en engaño al administrado cuando falta a su deber de información, no sólo en lo que afirma sino también en los silencios que guarda quien a nombre de la AFP gestiona la afiliación, por lo que debe cumplir con la correspondencia a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Así mismo, debe recordarse que, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Así pues, la obligación de información, comprende no solo informar los beneficios del régimen al que pretende trasladarse, sino también las desventajas, informar el monto de la pensión o cómo se estructura la misma en ambos regímenes, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, esto es, todas las implicaciones y la conveniencia, para así determinar que la decisión y declaración de aceptación estuvo

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

precedida de la suficiente información para convalidar el acto jurídico del traslado.

Aclarado lo anterior y en armonía con la jurisprudencia en cita, para esta Corporación resulta diáfano que tanto la AFP COLFONDOS como PORVENIR S.A, incumplieron su deber de información sobre las ventajas o desventajas que tendría el cambio de régimen de ahorro individual con solidaridad, la cual se surtió con la suscripción del formulario de traslado No. 16302424 (que obra a folio 65 de la contestación de porvenir) por parte de la actora, sin que se le pusieran de presente la situación real y los riesgos que asumía.

Así entonces en lo que respecta a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES y con el ánimo de resolver lo concerniente a el Grado Jurisdiccional de Consulta concedido a su favor, resulta necesario por parte de la Sala abordar el fundamento de la sentencia de primera instancia al darse por acreditado, que la demandante no se le brindó una suficiente asesoría al momento de efectuar su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Destaca la Sala del interrogatorio de parte agotado en la audiencia de trámite y juzgamiento, los siguientes puntos relevantes, que tienen incidencia dentro del problema jurídico planteado así:

1. Indicó que su afiliación a porvenir se dio mientras trabajaba en la Secretaría de Educación Departamental, y llegaron funcionarios de COLFONDOS quienes le ofrecieron trasladarse a PORVENIR debido a que ellos cerrarían sus oficinas y que CAJANAL desaparecería.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

2. Reconoció haber descubierto las desventajas de su fondo privado cuando se aproximaba a la edad de jubilación. Comenzó a investigar el proceso necesario para acceder a sus bonos pensionales y se dio cuenta de que no le convenía pensionarse con PORVENIR. Inició entonces un proceso de reclamación mediante derechos de petición y tutela alrededor del año 2017 para acceder a su derecho de pensión, durante este proceso, se percató, a través de un simulacro, de que la pensión que recibiría sería desventajosa.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa, no existió una decisión informada y consiente, por lo que, no se puede hablar de una manifestación libre y voluntaria por parte de la afiliada para trasladarse de régimen, pues si bien la parte vencida adujo que la actora había suscrito la documentación presentada de manera consiente, ello por sí solo no es suficiente a fin de acreditar que se le informó de manera clara, cierta y suficiente los efectos de que podía desencadenar ese cambio, actuación que debe surtirse durante todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, en este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de manera pacífica y reiterada, CSJ SL4025/2021 y SL17595/2017 entre otras, señalando que:

“[...] en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de 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, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989).

“De suerte que COLFONDOS S.A no acreditó que le suministró al promotor del proceso los suficientes datos y explicaciones del traslado respectivo tal y como se expuso en la esfera casacional, máxime que, en este asunto, se reitera, están en juego aspectos tan trascendentes como la pérdida de la transición, y de contera la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, se requiere acudir a una hermenéutica que se avenga a los principios que inspiran al sistema y a los regímenes pensionales, en los que se prevé el traslado libre y voluntario, e incluso a las disposiciones que en la ley así lo imponen.”

De lo expuesto se desprende con certeza que COLFONDOS y AFP PORVENIR S.A. incumplieron su obligación de proporcionar información a ESFRED MARÍA FERNANDA BARRETO PÉREZ, una obligación de vital importancia dada la naturaleza del traslado de régimen pensional. Este falló en la asesoría ofrecida resultó en una falta de eficacia, ya que no se le comunicó adecuadamente sobre su situación real ni se le brindaron las advertencias pertinentes; por lo tanto, es evidente que la decisión tomada no estuvo fundamentada en una

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

información suficiente y consciente, como lo sostuvo la instancia correspondiente.

El simple hecho de que el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. haya solicitado la firma en un formulario pre impreso no exime su responsabilidad de proporcionar la información necesaria para que el potencial afiliado tome una decisión informada sobre el régimen que mejor proteja sus derechos pensionales. Además, es crucial destacar que este formulario de afiliación solo recopila información genérica.

Ha reseñado la Corte Suprema de Justicia de antaño que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, de ahí la necesidad de un consentimiento informado, pues la firma del formulario y las afirmaciones consignadas en este, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, con ello se acredita el consentimiento, pero no *informado*.

Es de recordarse que la carga probatoria de acreditar el vicio de consentimiento, según reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal de Cierre corresponde a la AFP, a quien compete acreditar que cumplió con el deber de asesoría e información a los potenciales afiliados, pues son estas quienes deben brindar información en todas las etapas de proceso tal y como se señaló *ut supra*, así se rememora en CSJ SL4025/2021, SL782/2021 al citar la sentencia CSJ SL, 9 de sep. 2008, rad.31989, donde se indicó que:

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad".

Agréguese a lo precedentemente anotado, que el artículo 1604 del Código Civil, establece: "*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega*", diligencia que no se agota únicamente con arribar al proceso los documentos suscritos por la actora, tal y como pretende la AFP Porvenir, sino que debe evidenciar que la asesoría suministrada fue suficiente, a fin de que la decisión adoptada fuera completamente libre en voces del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, situación que no se acreditó en el presente caso.

Por tanto, en el presente asunto, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS, el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita solo con el formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional, por lo que ajustada resulta la determinación adoptada por el a quo.

Ahora bien, desatado lo anterior entra la Sala a estudiar lo atinente al traslado de los aportes al RPM, junto con los rendimientos sin que haya lugar a efectuar descuentos por gastos de administración, tal y como lo determinó el juzgador de primera instancia, aspecto objeto de reproche por la AFP Porvenir.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4015 de 2021, señaló que debido a que la declaratoria de ineficacia del traslado tiene efectos *ex tunc*, las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, lo cual implica, que la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual debe ser plena y con retroactivos; incluyendo los valores cobrados a título de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes para garantía de la pensión mínima.

Lo anterior fue objeto de análisis en la sentencia CSJ SL3199/2021, reiterada por la SL4015/2021 y en la SL4749/2021, en la que en un caso similar al que aquí nos concierne ordenó la devolución de lo consignado en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, poniendo de presente que:

“como la declaratoria de ineficacia produce efectos desde siempre, las cosas deben retrotraerse a su estado inicial, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones - debidamente indexados- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, razón por la que no es viable acceder a la súplica del recurso en cuanto a dicho aspecto se refiere.(negrilla propia)

Por lo expuesto resulta acertada la determinación adoptada por el juzgado de primera instancia al ordenar la devolución de los aportes junto con los rendimientos y gastos de administración, pues como se expuso *ut supra*, la declaratoria de ineficacia trae como como

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

consecuencia que se retrotraiga todo al estado anterior a la afiliación, por lo que aportes, rendimientos y gastos de administración deben ingresar al régimen de prima media, razón por la cual no surge la prosperidad en favor de COLPENSIONES del grado jurisdiccional de consulta en favor.

Así las cosas, atinada se estima la decisión proferida el 25 de octubre de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia, Caquetá. Por tal razón, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia objeto consulta, pero con la siguiente adición al numeral tercero de la parte resolutiva, el cual quedará así:

"TERCERO. ORDENAR a la Administradora de Pensiones y Cesantías PROVENIR S.A. la devolución o traslado de los aportes o cotizaciones efectuados, por la señora ESFRED MARÍA FERNANDA BARRETO PÉREZ C. C. No. 51.590.221, con sus rendimientos y sin descontar los gastos de administración que se hubieren causado, bonos pensionales a que haya lugar, comisiones, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a las utilidades, lo anterior debidamente indexado, a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-. Al momento de cumplir con la presente orden, deberá discriminar los valores señalados anteriormente, con detalle pormenorizado de ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifique.

Las costas de primera instancia, tal como fueron determinadas por el A quo, se mantienen; sin imposición de costas en esta instancia dado que se está de cara al grado jurisdiccional de consulta.

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE FLORENCIA, CAQUETÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de octubre de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, pero con la siguiente **ADICIÓN** al numeral tercero de la parte resolutiva que se torna pertinente realizar, el cual quedará así:

“TERCERO. ORDENAR a la Administradora de Pensiones y Cesantías PROVENIR S.A. la devolución o traslado de los aportes o cotizaciones efectuados, por la señora ESFRED MARÍA FERNANDA BARRETO PÉREZ C. C. No. 51.590.221, con sus rendimientos y sin descontar los gastos de administración que se hubieren causado, bonos pensionales a que haya lugar, comisiones, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a las utilidades, lo anterior debidamente indexado, a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-. Al momento de cumplir con la presente orden, deberá discriminar los valores señalados anteriormente, con detalle pormenorizado de ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifique.”

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Esfred María Fernanda Barreto Pérez

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y PORVENIR.

SEGUNDO: Las costas de primera instancia, tal como fueron determinadas por el *a quo*. Sin costas en esta instancia dado el grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GILBERTO GALVIS AVE

Magistrado

MARÍA CLAUDIA ISAZA RIVERA

Magistrada

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO²

Magistrada

-Con Permiso Justificado y Legalmente Concedido-

Firmado Por:

Gilberto Galvis Ave

² Ordinario. Rad. 2022-00019-01. Firmado electrónicamente por los H. Magistrados.

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

Maria Claudia Isaza Rivera
Magistrada
Sala 002 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: **1fe70b05fa7dfe504122a07d86bca7db21517638de134b6742c6fe2f1f6cc859**
Documento generado en 23/04/2024 01:09:04 PM

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