

Constancia Secretarial: vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 3 de febrero de 2022, la Administradora Colombiana de Pensiones y los fondos privados de pensiones Colfondos S.A. remitieron el término los alegatos de conclusión, como se aprecia en las constancias de recepción que obran en la subcarpeta 05 de la carpeta de segunda instancia. Al revisar el buzón del canal electrónico dispuesto para recibir los alegatos de conclusión, se evidencia que los demás intervinientes dejaron transcurrir en silencio el plazo otorgado para tales efectos.

Pereira, 18 de febrero de 2022.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

PEREIRA, DIECISÉIS DE MARZO DE DOS MIL VEINTIDÓS

Acta de Sala de Discusión No 038 de 14 de marzo de 2022

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito el 27 de septiembre de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de COLPENSIONES, dentro del proceso promovido por la señora MARÍA TERESA DEL NIÑO JESUS GIRALDO DE VELASCO, cuya radicación corresponde al N°66001310500520190021501.

AUTO

Se reconoce personería para actuar dentro del proceso de la referencia al doctor JORGE MARIO HINCAPIÉ LEÓN, como apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones, en los términos y para los efectos del memorial de sustitución de poder que fue allegado al correo institucional, incluido debidamente en el expediente digitalizado.

ANTECEDENTES

Pretende la señora María Teresa del Niño de Jesús Giraldo de Velasco que la justicia laboral declare nulo o ineficaz el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad ejecutado a través del fondo privado de pensiones Colfondos S.A. el 23 de septiembre de 1996, al no haberse cumplido el requisito de permanencia mínima de tres (3) años. Subsidiariamente pide que se acceda a la nulidad o ineficacia de ese mismo acto jurídico, al no habersele brindado la información que por ley correspondía y consecuentemente que se declare válida y vigente la afiliación primigenia realizada al régimen de prima media con prestación definida.

En ambos casos aspira que se condene a los fondos privados de pensiones a girar la totalidad de los emolumentos a que haya lugar, lo que resulte probado extra y ultra petita; además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: el 1° de abril de 1978 se afilió al régimen de prima media con prestación definida a través del empleador Electrex Ltda.; luego de entrar en vigor el sistema general de pensiones, continuó afiliada al régimen de prima media con prestación definida, realizando de esa manera su primera selección a un régimen pensional dentro del referido sistema general de pensiones; el 23 de septiembre de 1996 suscribió formulario de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad con el fondo privado de pensiones Colfondos S.A., sin embargo, el asesor comercial que representaba los intereses de esa sociedad no le informó que no se habían cumplido los tres años de permanencia en el RPM para poder trasladarse al RAIS, ni tampoco le brindó la totalidad de la información que por ley le correspondía, ya que únicamente le dijo que en ese régimen pensional obtendría una pensión de vejez mucho más alta que la ofrecida en el RPM; situación que no cambió cuando decidió movilizarse al interior del RAIS, ya que ninguno de los fondos privados de pensiones la informaron sobre las consecuencias que conllevaba permanecer en ese régimen pensional, estando actualmente vinculada a la AFP Protección S.A., en donde continúa activa como cotizante.

El 6 de noviembre de 2018, ante solicitud elevada por ella, la Administradora Colombiana de Pensiones le negó su retorno al RPM, argumentando que se

encontraba incurso en la prohibición legal establecida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003.

Al contestar la demanda -págs.171 a 186 expediente digitalizado- la Administradora Colombiana de Pensiones sostuvo que la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada el 23 de septiembre de 1996 cumplió con la totalidad de los requisitos exigidos en la ley, razón por la que ese cambio de régimen pensional se reputa válido, pero, en caso de que así no fuere, la nulidad que se habría desprendido de allí se saneó por el paso del tiempo como lo determina el artículo 1750 del código civil. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó *“Validez de la afiliación al RAIS”, “Saneamiento de una presunta nulidad”, “Solicitud de traslado de dineros de gastos de administración”, “Prescripción”, “Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal”, “Buena fe”, “Imposibilidad de condena en costas”* y, *“Declaratoria de otras excepciones”*.

La AFP Protección S.A. contestó la demanda -págs.189 a 224 expediente digitalizado- manifestando que si bien el traslado de régimen pensional ejecutado por la actora en el año 1996 no se produjo a través de esa entidad, se opone a la totalidad de las pretensiones en razón a que el suceso jurídico que significó el cambio de régimen pensional de la demandante fue completamente lícito y ajustado a derecho en la medida en que su voluntad fue consciente de las consecuencias jurídicas que ello generaría, agregando que la señora Giraldo de Velasco no ha sido víctima de la inducción a error que proclama dentro del escrito inaugural. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó *“Genérica o innominada”, “Prescripción”, “Buena fe”, “Compensación”, “Exoneración de condena en costas”, “Ausencia de sujeto susceptible de beneficio del régimen de transición”, “Inexistencia de la obligación”, “Falta de causa para pedir”, “Falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de mi representada”, “Inexistencia de la fuente de la obligación”, “Inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad”, “Ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados por parte de esta entidad llamada a juicio”* y *“Afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”*.

La AFP Colfondos S.A. dio respuesta al libelo introductorio -págs.382 a 403 expediente digitalizado- admitiendo que fue a través de esa entidad que se

produjo el cambio de régimen pensional por parte de la señora María Teresa del Niño de Jesús Giraldo de Velasco, más concretamente el 23 de septiembre de 1996, pero aclarando que ese traslado al RAIS se produjo con el lleno de los requisitos establecidos en la ley, añadiendo que en todo caso no se puede acceder a las pretensiones principales ni subsidiarias, por cuanto la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003. Se opuso a la totalidad de las pretensiones elevadas por la actora y planteó las excepciones de mérito que denominó “*Validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento*”, “*Saneamiento de la eventual nulidad relativa*”, “*Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS*”, “*Inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS*”, “*Pago*”, “*Compensación*”, “*Prescripción*”, “*Buena fe*” e “*Innominada o genérica*”.

El fondo privado de pensiones Porvenir S.A. procedió con la respuesta a la demanda incoada por la señora María Teresa del Niño de Jesús Giraldo de Velasco -archivo 17 carpeta primera instancia-, sin embargo, al haberlo hecho de manera extemporánea, la *a quo* la tuvo por no contestada.

En sentencia de 27 de septiembre de 2021, la funcionaria de primera instancia, después de analizar el primer tema jurídico planteado por la parte actora, concluyó que no se había vulnerado el periodo mínimo de permanencia de tres años con el traslado efectuado por la accionante al RAIS, motivo por el que negó las pretensiones principales de la acción.

Posteriormente, al abordar las pretensiones subsidiarias, la *a quo*, aplicando en su integridad la jurisprudencia vigente que sobre el tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó, después de analizar las pruebas allegadas al proceso, que la AFP Colfondos S.A. no cumplió con la carga probatoria que le incumbía en este proceso, al verificar que no le brindó la totalidad de la información que debía ponerle de presente a la señora María Teresa del Niño de Jesús Giraldo de Velasco, esto es, las características de ambos regímenes pensionales con sus ventajas y desventajas, razón por la que accedió a la ineficacia del traslado al RAIS surtido el 23 de septiembre de 1996,

así como los movimientos ejecutados por la afiliada al interior de ese régimen pensional; razones por las que declaró válida y vigente la afiliación primigenia efectuada al régimen de prima media con prestación definida por medio del Instituto de Seguros Sociales.

Como consecuencia de esas declaraciones, condenó al fondo privado de pensiones Protección S.A., al que se encuentra vinculada actualmente, a restituir a la Administradora Colombiana de Pensiones el capital existente en la cuenta de ahorro individual de la accionante que correspondan a los aportes al sistema, junto con sus intereses y rendimientos financieros.

Posteriormente condenó a la totalidad de los fondos privados de pensiones accionados a reintegrar, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron descontados a la afiliada durante su permanencia en cada una de esas entidades y que estuvieron dirigidos a cancelar los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como las sumas destinadas a financiar la garantía de pensión mínima.

Seguidamente determinó que en este caso no había lugar a emitir ninguna orden a favor de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por cuanto en el plenario se encuentra demostrado que la actora no tiene derecho a bono pensional, pues antes de efectuarse el fallido traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ella no reporta cotizaciones al ISS o a Cajas o Fondos de Previsión del sector público que correspondan a por lo menos 150 semanas, como lo exige el artículo 115 de la ley 100 de 1993.

Finalmente condenó en costas procesales a los fondos privados de pensiones accionados en un 100% y por partes iguales, a favor de la demandante.

Inconformes con la decisión, las entidades demandadas interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

El apoderado judicial de los fondos privados de pensiones Colfondos S.A. y Porvenir S.A., sostuvo que para el 23 de septiembre de 1996 cuando se produjo el cambio de régimen pensional de la señora María Teresa del Niño de Jesús Giraldo

de Velasco, la AFP Colfondos S.A. cumplió con el lleno de los requisitos que la ley exigía para ese época, pues así quedó acreditado con el formulario de afiliación suscrito por ella de manera libre, voluntaria y sin presiones, así como por lo expuesto por ella en el interrogatorio de parte; quedando demostrados también los actos de relacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, no solamente con su permanencia en el RAIS por más de veinte años, sino por los movimientos horizontales ejecutados en dicho régimen pensional.

Ahora, en caso de que no se atiendan esos argumentos, considera que la única consecuencia económica que se genera de la declaratoria de ineficacia es la de restituir los dineros provenientes de las cotizaciones al sistema general de pensiones y no la totalidad de los emolumentos ordenados en primera instancia, agregando frente a los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales que esas sumas fueron cobradas por ministerio de la ley, permitiendo la buena gestión de los fondos privados de pensiones, así como el cubrimiento de la actora frente a los riesgos de invalidez y muerte; generándose con ese tipo de decisiones un detrimento patrimonial para las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A., así como un enriquecimiento sin causa de Colpensiones.

Finalmente solicita que se exonere a esas entidades de la imposición de costas procesales, debido a que sus actuaciones han estado ceñidas al estricto cumplimiento de la ley, en aplicación del principio de la buena fe.

La apoderada judicial del fondo privado de pensiones Protección S.A. manifestó que el cambio de régimen pensional de la demandante se produjo con el lleno de los requisitos previstos en la ley, razón por la que no hay lugar a acceder a las pretensiones subsidiarias de la acción como equivocadamente lo hizo la falladora de primer grado, indicando a renglón seguido que la acción interpuesta por la demandante no es la que soluciona este tipo de casos en los que se evidencia que la razón de ser de la demanda radica en una inconformidad de tipo económico, siendo la acción resarcitoria de perjuicios establecida en el decreto 720 de 1994 la llamada a resolver este tipo de controversias, por lo que al no haberse ejercido la acción judicial correcta, no queda otro camino que negar por esa vía las pretensiones subsidiarias de la demanda.

Si no se atienden esas argumentaciones, estima que no es posible emitir condena por concepto de gastos de administración, ni las primas de los seguros previsionales, ya que esas órdenes vulneran la constitución y la ley, ya que esos descuentos precisamente se hacen por ministerio de la ley; lo cual afecta a terceros de buena fe que no fueron llamados al proceso.

Para concluir, expresó que en su caso tampoco hay lugar a emitir condena por concepto de costas procesales, por cuanto su actuación se ha ceñido al estricto cumplimiento de la ley, aplicando el principio de la buena fe.

La apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones sostuvo que en este caso no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, pues realmente la motivación que tiene la demandante para iniciar la presente acción es de índole económico, esto es, en razón a la inconformidad de la que pudiera ser su mesada pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad, razón por la que debió adelantar la acción resarcitoria de perjuicios del artículo 10 del decreto 720 de 1994. Pero si se estudia la acción de nulidad o ineficacia del traslado, tampoco hay lugar a su declaratoria, por cuanto en el proceso quedaron demostrados los actos de relacionamiento de los que trata la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; pero en todo caso no se puede aceptar el retorno de la demandante al RPM, ya que ella se encuentra inmersa en la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003.

Al haber resultado afectados los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones, se dispuso también el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, la Administradora Colombiana de Pensiones y los fondos privados de pensiones Colfondos S.A. y Porvenir S.A. hicieron uso del derecho a presentar alegatos de conclusión en esta sede; mientras que la parte actora y la AFP Protección S.A. dejaron transcurrir el plazo otorgado para tales efectos en silencio.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión remitidos por Colpensiones y las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A., teniendo en cuenta que el artículo 279 del CGP dispone que *“No se podrá hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente.”*, baste decir que los argumentos emitidos por cada una de ellas coinciden con los expuestos en la sustentación de los recursos de apelación.

Cuestión previa

Pese a que este Ponente no comparte la justificación ni la interpretación que realiza la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/1993 y por ello en providencias anteriores como la proferida el 22/07/2020, Rad. No. 2018-00269-01, entre otras, bajo la autorización emitida por las sentencias C-836 de 2001 y C-621 de 2015 se había apartado del criterio expuesto por el alto tribunal al amparo de la autonomía judicial, para anunciar que cuando un trabajador alega engaño por una AFP para obtener un traslado de régimen pensional, debe presentar una acción de resarcimiento de perjuicios tal como obliga el artículo 10º del Decreto 720 de 1994, lo cierto es que ocasión a la sentencia de tutela de primer grado emitida por ese alto tribunal con número de expediente STL4759-2020, a través de la cual se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado por esa corporación en los asuntos de ineficacia de afiliación, bajo el debido respeto por el superior, se obedecerá en este caso y en los sucesivos la posición mayoritaria que ostenta la mencionada Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, atendidas las argumentaciones a esta Sala de Decisión le corresponde resolver los siguientes:

PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Es la acción de ineficacia la llamada a resolver los casos en los que se alega ausencia total o parcial de la información por parte de los fondos privados de pensión?

¿En cabeza de quien se encuentra en este tipo de procesos la carga probatoria de acreditar el deber legal de información?

¿Hay lugar a declarar ineficaz la afiliación de la señora María Teresa del Niño Jesús Giraldo de Velasco al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada el 23 de septiembre de 1996?

¿Con los movimientos efectuados por la afiliada al interior del RAIS, así como su permanencia en ese régimen pensional durante más de veinte años desapareció la asimetría en la información que se echa de menos en la presente acción?

¿Cuáles son las consecuencias prácticas de declarar las ineficacias de los traslados surtidos entre regímenes pensionales?

¿Tienen razón los fondos privados de pensiones accionados cuando afirman que la única suma que debe restituirse a la Administradora Colombiana de Pensiones es la proveniente de los aportes al sistema general de pensiones?

¿Se cumplieron los requisitos exigidos en el artículo 115 de la ley 100 de 1993 para que se constituyera a favor de la demandante un bono pensional tipo A para el momento en que se produjo el cambio de régimen pensional?

¿Existe algún inconveniente en torno a que la afiliada haya arribado a la edad mínima de pensión prevista en el régimen de prima media con prestación definida?

¿Hay lugar a exonerar a los fondos privados de pensiones accionados de la condena emitida en su contra por concepto de costas procesales?

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

FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL

1. Análisis jurídico que debe abordar el juez cuando se alega ausencia de información parcial o total por parte de las administradoras en los traslados entre regímenes pensionales.

En sentencia STL4759 de 22 de julio de 2020, la Sala de Casación Laboral indicó:

En el caso bajo estudio, se hace necesario precisar, que en reiterada jurisprudencia esta Sala de Casación Laboral ha dejado clara su postura al indicar que la elección a cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin

importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, o si está próximo a pensionarse.”. (Negrillas fuera de texto).

Y más adelante reiteró:

*“Así, en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL452-2019, CSJ SL1688-2019 y SL1689- 2019, esta Sala ha determinado de manera pacífica que la reacción del ordenamiento jurídico -artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 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, tiene que abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales.”** (Negrillas fuera de texto).*

2. Sobre el deber de información.

Frente a este ítem, la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1452 de 3 de abril de 2019, señaló que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones ha sido exigible desde el momento de su creación, identificando tres etapas en el que el nivel de exigencia en la información se ha incrementado de acuerdo con la evolución histórica de las normas que regulan la materia; lo que expuso en resumen así:

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

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida</i>

	<i>menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

3. La suscripción del formulario de afiliación.

Respecto al valor probatorio del formulario de afiliación suscrito entre la AFP y el potencial afiliado, la alta magistratura en la providencia que se viene referenciando sostiene que ese documento por sí solo no le otorga plena validez al traslado entre regímenes pensionales, argumentando que:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar 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, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.”.

4. Carga de la prueba.

Continuando con su exposición argumentativa, el máximo órgano de la jurisdicción laboral sentó frente al punto:

“Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no

puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.”.

5. Actos de relacionamiento dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

En sentencia SL3752 de 15 de septiembre de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo la importancia constitucional y legal que caracteriza el derecho a la seguridad social, recordó la necesidad de resolver los asuntos que son puestos en conocimiento de la jurisdicción teniendo en cuenta la verdadera intención que tienen los afiliados a través de sus actuaciones y no con base en las formalidades y protocolos; trayendo a colación como ejemplos los temas que han sido resueltos desde esa arista, como el relacionado con la desafiliación al sistema general de pensiones cuando no existe el reporte de la novedad de retiro del sistema, o como en los casos en que, sin existir afiliación a una administradora pensional, el afiliado realiza aportes durante un periodo importante, que conllevan a concluir que se ha presentado una afiliación tácita a pesar de no haberse diligenciado el correspondiente formulario; mostrando que, como en esos eventos, existen muchos otros en los que las manifestaciones efectuadas por los afiliados al sistema general de pensiones denotan su verdadera intención de permanecer vinculados en determinado régimen pensional.

Es así, como al abordar el tema en controversia, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral expresó:

“Conviene recordar que, más allá de los posibles debates dirigidos a evidenciar un engaño de las administradoras de pensiones respecto de los afiliados con el fin de conseguir un traslado de régimen, lo que aquí realmente tiene importancia y se convierte en el eje central de la controversia es la asimetría de la información.”.

Y más adelante continuó expresando:

“En ese orden de ideas, es dable concluir que, aun cuando no haya certeza de si el afiliado recibió al momento de su traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanecer en el régimen y que contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección.

*Dichos comportamientos o **actos de relacionamiento**, en los casos de afiliación, pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados*

tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros. Así lo ha establecido esta Corporación en el fallo CSJ SL413-2018, en donde dijo que,

Por esta misma razón, en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito ad substantiam actus de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.

Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado.

A partir de lo expuesto en precedente, se tiene que los traslados horizontales dentro del Régimen de Ahorro Individual, es decir los cambios entre administradoras de fondos privados de pensiones, reúnen los elementos propios de unos actos de relacionamiento, lo cual permite suponer que el afiliado desea continuar en dicho régimen, aunque bajo la asesoría y beneficios que le pueda proveer otra administradora de pensiones, las cuales compiten entre sí.

Incluso, tales actuaciones presuponen cierto conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios y desventajas y su modo de operar, de ahí que su intención sea firme en continuar aún teniendo la posibilidad eventual de retornar a Colpensiones.”.

Después de exponer dicha postura, la Alta Magistratura al descender al caso concreto, concluyó:

“En ese orden de ideas, se advierte que, si bien las conclusiones del Tribunal fueron inicialmente desacertadas, en el sentido de asignarle la carga de probar al afiliado los presuntos vicios del consentimiento en los que incurrió y no a las administradoras de pensiones, lo cierto es que tal desatino no sería relevante teniendo en cuenta la situación jurídica concreta de la señora Lara Rodríguez.

Lo anterior, puesto que a través de los actos de relacionamiento que quedaron plenamente acreditados dentro del proceso, esto es, el traslado horizontal constante entre administradoras de pensiones dentro del Régimen de Ahorro Individual, la información, aunque parcial, dio cada uno de los fondos y el regreso permanente a la primera entidad elegida, se puede razonablemente entender la vocación que tenía la accionante de permanecer vinculada en el Régimen de Ahorro y, sobre todo, de no retornar a Colpensiones pese a las prerrogativas con las que allí inicialmente contaba.

Se insiste, tales comportamientos tácitos de la accionante no conducen a entender que hubiera existido una perpetuidad en la asimetría de la

información, sino que, por el contrario, un objetivo claro de continuar en este Régimen, asumiendo los beneficios y consecuencias que su decisión traía consigo.”.

CASO CONCRETO

Conforme se expuso en el primer punto del fundamento jurisprudencial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene definido que la acción que se debe estudiar cuando se reclama la ausencia total o parcial del deber de información por parte de los fondos privados de pensiones, no es otra que la ineficacia del acto jurídico que permitió el traslado entre regímenes pensionales, por lo que al haber orientado la actora la demanda en ese sentido, por imperativo jurisprudencial, lo que corresponde es analizar el caso en la forma determinada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, si el cambio de régimen pensional de la demandante se dio en términos de eficacia, como correctamente lo abordó la funcionaria de primera instancia; por lo que bajo esa única y exclusiva postura, no le asiste razón a la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones cuando sostiene que la acción que dirime este tipo de conflictos es la resarcitoria de perjuicios prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994.

Resuelto lo anterior, se tiene entonces que con la solicitud de vinculación N°798385 -pág.49 expediente digitalizado-, la señora María Teresa del Niño de Jesús Giraldo de Velasco se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 23 de septiembre de 1996 cuando se vinculó a la AFP Colfondos S.A., sin embargo, la demandante inicia la presente acción al considerar que el cambio del RPM al RAIS no se cumplió con el lleno de los requisitos legales, al no habersele suministrado la información sobre las consecuencias que conllevaba tomar esa decisión; viciándose de esa manera su consentimiento.

Conforme con lo señalado por la demandante, se procederá a verificar, siguiendo, única y exclusivamente las reglas jurisprudenciales expuestas anteriormente, si la AFP Colfondos S.A. -quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos (como se explicó en el punto cuatro del fundamento jurisprudencial)-, cumplió con el deber legal de información que le correspondía para el 23 de septiembre de 1996 (primera etapa).

En lo que concierne al formulario de afiliación, más allá de que en dicho documento se evidencia la rúbrica de la señora María Teresa del Niño de Jesús Giraldo de Velasco en la casilla denominada “*voluntad de selección y afiliación*” en la que se hace constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la efectúa de manera libre, espontánea y sin presiones, y que los datos proporcionados son verdaderos; lo cierto es que, según lo dice la Sala de Casación Laboral, esa prueba no resulta suficiente para tener por demostrado el deber de información, pues, como mucho, demuestra un consentimiento, pero no informado.

Ahora, en el interrogatorio de parte, la señora María Teresa del Niño de Jesús Giraldo de Velasco informó que actualmente se encuentra activa como cotizante al sistema general de pensiones, en su calidad de bacterióloga al servicio de la ESE Salud Pereira. A continuación, frente al tema objeto de litigio, sostuvo que en el año 1996 una asesora comercial del fondo privado de pensiones Colfondos S.A. visitó las dependencias del hospital de Kennedy en Pereira donde prestaba sus servicios en aquel entonces, y para llenar el formulario de afiliación le hizo unas preguntas de carácter personal, y después de preguntarle si ella tenía hijos y obtener una respuesta afirmativo por su parte, le manifestó que en el RAIS, en caso de fallecimiento, sus hijos podrían heredar el capital que acumulara en la cuenta de ahorro individual e igualmente le expuso que en ese régimen pensional podía obtener la pensión de vejez de manera anticipada, pero no le dijo nada más sobre las demás características del régimen de ahorro individual con solidaridad, ni mucho menos las consecuencias negativas que conllevaba abandonar el régimen de prima media con prestación definida.

Ante varios interrogantes efectuados por la directora del proceso, la actora respondió que no le expusieron que las cotizaciones harían parte de una cuenta de ahorro individual, ni mucho menos que allí se producían rendimientos financieros y que de eso dependía la posibilidad de pensionarse; que tampoco se le explicó nada sobre la garantía de pensión mínima, ni los requisitos para pensionarse en ambos regímenes pensionales.

En cuanto a los movimientos que efectuó al interior del RAIS, manifestó que en esos casos tampoco se le dijo nada sobre las consecuencias que conllevaba continuar vinculada al régimen de ahorro individual con solidaridad, ni cuales eran las posibilidades de regresar al RPM, pues lo único que hicieron nuevamente fue

solicitar la información personal para llenar los formularios para posteriormente firmarlos.

Siguiendo el derrotero marcado por la Sala de Casación Laboral, cabe concluir que, ni del formulario de afiliación, ni del interrogatorio de parte absuelto por la señora María Teresa del Niño de Jesús Giraldo de Velasco, ni de ninguna de las pruebas allegadas al plenario se desprende el cumplimiento del deber legal de información por parte de la AFP Colfondos S.A., sin que tampoco exista prueba en el expediente que acredite que la asimetría en la información que se produjo el 23 de septiembre de 1996 dejó de prolongarse con el movimiento realizados por la afiliada hacia el fondo privado de pensiones Porvenir S.A. y posteriormente a la AFP Protección S.A., ni mucho menos con su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad por más de veinte años, debido a que esas situaciones no demuestran per se los actos de correlacionamiento de los que habla la Corte Suprema de Justicia, pues como ya se ha dicho, lo importante es que durante ese periodo en el que los afiliados permanecen en el RAIS desaparezca por completo esa asimetría en la información que nace con el acto jurídico que materializa el cambio de régimen pensional, lo cual no aconteció en el presente asunto.

Es que, nótese que en este caso no se configuraron los actos de relacionamiento de los que habla la Sala de Casación Laboral, ya que no existen pruebas en el proceso que demuestren que la señora María Teresa del Niño de Jesús Giraldo de Velasco fue conociendo paulatinamente la totalidad de las características de cada uno de los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones, pues por ejemplo no quedó probado en el plenario que la actora tuviera el conocimiento de cuáles son los requisitos necesarios para pensionarse en el RAIS o en el RPM, ni mucho menos tiene conocimiento sobre las diferentes modalidades de pensión existentes en el régimen de ahorro individual con solidaridad, **además de no existir prueba que demuestre que a ella se le hizo la reasesoría antes de cumplir los 47 años, con el fin de que se le pusiera de presente su situación pensional y se le aconsejara a cuál de los dos regímenes pensionales le convenía estar afiliada**; omisiones éstas que demuestran que en este caso no se produjeron esos actos de relacionamiento, por cuanto la asimetría de la información que se produjo el 23 de septiembre de 1996 no desapareció mientras la accionante estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por lo expuesto, al no quedar probado en el proceso que a la accionante se le brindó la información que por ley correspondía y mucho menos que se presentaron actos de relacionamiento que hicieron desaparecer la asimetría en la información que se produjo el 23 de septiembre de 1996, indefectiblemente, conforme con lo sentado por la Corte Suprema de Justicia, no queda otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, consistente en declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual la accionante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 23 de septiembre de 1996, y consecuentemente los movimientos ejecutados al interior de ese régimen pensional, más concretamente hacía las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., por lo que todos los actos ejecutados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad carecen de validez como correctamente lo definió la *a quo*.

Así las cosas, al no tener ningún efecto jurídico el cambio de régimen pensional y movimiento efectuado por la señora María Teresa del Niño de Jesús Giraldo de Velasco, ni ninguno de los actos ejecutados al interior del RAIS, correcta resultó la decisión de condenar a la AFP Protección S.A., a la que se encuentra vinculada en la actualidad, a restituir los dineros inmersos en la cuenta de ahorro individual de la actora provenientes de los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, junto con sus intereses y rendimientos financieros, tal y como lo ha sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las providencias relacionadas a lo largo de la presente providencia.

Además de restituir los emolumentos relacionados líneas atrás, necesario resulta traer a colación la sentencia SL3034 de 7 de julio de 2021 en la que la Corte Suprema de Justicia reiteró que otra de las consecuencias prácticas que trae la declaración de ineficacia, es la de restituir los gastos o cuotas de administración descontados por los fondos privados de pensiones durante la permanencia de los afiliados en esas entidades, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, como correctamente lo ordenó el juzgado de conocimiento a las AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A..

Bajo esa misma óptica, es del caso recordar que el cambio de régimen pensional y el movimiento realizado al interior del RAIS declarados ineficaces, implica que ningún acto ejecutado al interior del mismo produzca efectos, por lo que correcta

resultó la decisión de la *a quo* consistente en condenar a los fondos privados de pensiones Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A. a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores que fueron cobrados a la actora durante su permanencia en cada una de esas entidades y que estuvieron destinados a cancelar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, así como los valores dirigidos a financiar la garantía de pensión mínima; sin que con esa decisión se esté afectando los intereses de terceros que no asistieron al proceso (aseguradoras y reaseguradoras), pues precisamente la orden dirigida en ese sentido lo que lleva es a que los fondos privados de pensiones respondan con su patrimonio por las deficiencias en que incurrieron al momento de efectuar la vinculación de los afiliados en cada una de ellas.

Al haber operado un traslado desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 23 de septiembre de 1996, existía la posibilidad de que se generara a su favor un bono pensional tipo A, sin embargo, para que ese título de deuda pública se constituyese en cabeza de la accionante, necesario era que cumpliera con los requisitos exigidos en el artículo 115 de la ley 100 de 1993, en la que se establece que tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad *“a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión social del sector público”* determinándose en su párrafo que *“Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono.”*

De conformidad con lo expuesto y al verificar las pruebas allegadas al plenario, en particular las historias laborales emitidas por la Administradora Colombiana de Pensiones y el fondo privado de pensiones Protección S.A. -subcarpeta 02 carpeta primera instancia- se evidencia que la actora únicamente cotizó 96 semanas en el régimen de prima media con prestación definida antes del 23 de septiembre de 1996, razón por la que precisamente la AFP Protección S.A. en comunicación de 18 de enero de 2019 -págs.82 a 85 expediente digitalizado- informa que en el caso de la accionante no se constituyó a su favor un bono pensional, de acuerdo con la información consultada con la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; por lo que, conforme con lo expuesto, al no haber tenido derecho la demanda a bono

pensional, no hay lugar a emitir ninguna orden con dirección a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como adecuadamente lo definió la *a quo*.

En torno al hecho de que la afiliada arribó a la edad mínima de pensión exigida en el RPM, ello en nada afecta la decisión tomada en este proceso, por cuanto, como se ha explicado recurrentemente a lo largo de la presente providencia, la declaratoria de ineficacia trae como consecuencia jurídica que los actos emitidos a partir de ese momento no tienen ninguna validez, lo que lleva a que las cosas se reestablezcan al estado en el que se encontraban, es decir, que al no haberse consumado legalmente el cambio de régimen pensional, el mismo no tiene validez y por tanto la demandante siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, lo que muestra que de ninguna manera se está ordenando un nuevo traslado entre regímenes pensionales y por tanto no se transgrede la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Respecto a la condena en costas emitida en el curso de la primera instancia en contra del fondo privado de pensiones Porvenir S.A., el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece que “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, lo que permite concluir que de acuerdo con el resultado arrojado en el proceso, el cual fue desfavorable a sus intereses, le correspondía a la *a quo* emitir condena en su contra por dicho concepto, la cual encuentra debidamente ajustada a derecho esta Corporación.

Como quiera que en la sentencia STL10364-2020 la Sala de Casación Laboral instó a esta Sala a tener en cuenta que la condena en costas se debe fulminar con independencia de los factores subjetivos que pudieren existir en favor de la persona que resulte vencida o de aquella a quien se resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, las costas en esta instancia corren a cargo de las entidades recurrentes en un 100% y por partes iguales, a favor del demandante.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia recurrida y consultada.

SEGUNDO. CONDENAR en costas en esta instancia a las entidades recurrentes en un 100% y por partes iguales, a favor de la parte actora.

Notifíquese por estado y a los correos electrónicos de los apoderados de las partes.

Quienes integran la Sala,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado Ponente
Aclara Voto

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Magistrada

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado

Sin constancias ni firmas secretariales conforme artículo 9 del Decreto 806 de 2020

Firmado Por:

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Laboral

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Ana Lucia Caicedo Calderon

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 1 Laboral

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

German Dario Goez Vinasco

Magistrado

Sala 003 Laboral

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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:

462c10de19f5a0be8fb933ae15d4ce85a5d49900bf25066e8310c2278f80e15f

Documento generado en 16/03/2022 08:17:43 AM

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